

Das Recht des konzernfreien Aktionärs auf Umtausch von Aktien

Heinrich Birkenstock

1960

DAS RECHT DES KONZERNFREIEN AKTIONÄRS AUF UMTAUSCH VON AKTIEN

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

vorgelegt von

Heinrich Birkenstock
aus Steinhude am Meer

1960

Erstgutachter : Professor Dr. Kronstein

Zweitgutachter : Professor Dr. Isele

Tag der mündlichen Prüfung : 13. Juli 1960



I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

Vorwort

17

Einleitung

§ 1	Konzern und konzernfreier Aktionär	18
I.	Konzernbegriff (S. 18)	
1.	Vertragskonzern (S. 18)	
2.	Beteiligungskonzern (S. 22)	
II.	konzernfreier Aktionär (S. 23)	
§ 2	Die Auswirkungen der Konzerneingliederung auf das Unternehmen der Untergesellschaft und die Rechtsstellung des konzernfreien Aktionärs.	23
§ 3	Die Sicherung des konzernfreien Aktionärs	26

I. H a u p t t e i l

I.	<u>Die verfahrensmäßigen Voraussetzungen der Eingliederung durch Konzernverträge</u>	29
§ 4	Bedarf der Konzernvertrag einer Satzungsänderung nach §§ 145 ff AktG oder genügt ein Mehrheitsbeschluß nach § 256 AktG ?	29
§ 5	Darf der Mehrheitsaktionär bei der Abstimmung über den Konzernvertrag mitstimmen ?	32
II.	<u>Die Nichtigkeit von Konzernverträgen</u>	35
§ 6	Ist der Konzernvertrag nichtig, weil er mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht vereinbar ist ?	35
§ 7	Die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung.	39
I.	Der Grundsatz des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung (S. 39)	
II.	Die Einzelzuwendung an den Aktionär (S. 40)	
III.	Die Übertragung des gesamten Gewinnes einer Gesellschaft auf einen Aktionär (S. 43)	
§ 8	Die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten	47

	Seite
III. <u>Die Anfechtbarkeit von Konzernverträgen</u>	47
§ 9 Die Anfechtung wegen Verletzung von Satzung und Gesetz sowie wegen Stimmrechtsausübung	47
I. Die Anfechtung wegen Gesetzesverletzung (S. 47)	
II. Die Anfechtung wegen Stimmrechtsausübung (S. 48)	
III. Die prozessualen Schwierigkeiten bei der Geltendmachung des Anfechtungsrechts (S. 50)	
IV. <u>Zusammenfassung</u>	51
 II. <u>Hauptteil</u>	
I. <u>Allgemeine Grundlegung</u> : Der Ausgangspunkt	
§ 10 Ermöglichen die Anfechtung und die übrigen Beseitigungsrechte eine Sicherung des außenstehenden Aktionärs ?	53
II. <u>Der Entschädigungsanspruch</u>	
§ 11 Der Entschädigungsanspruch nach der herrschenden Lehre .	57
§ 12 Der Entschädigungsanspruch aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht	58
A. Darstellung der Lehre Mestmäckers (S. 58)	
B. Kritik dieser Lehre (S. 60)	
I. Das Problem der rechtlichen Beziehungen der Aktionäre untereinander (S. 60)	
II. Die Rechtsfolgen der Verletzung der gesetzlichen Aus- gleichspflicht (S. 64)	
III. Der Inhalt des Entschädigungsanspruchs (S. 67)	
§ 13 Der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung	69
III. <u>Das Umtauschrecht</u>	
§ 14 Begriff und Arten des Umtauschrechts	70
§ 15 Die rechtlichen Grundlagen des Umtauschrechts gegen Kapitalabfindung	72
§ 16 Die rechtlichen Grundlagen des Rechtes auf Umtausch gegen Aktien der herrschenden Gesellschaft	74
I. Die Begründung aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht (S. 74)	
II. Die Begründung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (S. 76)	
A. Die Begründung des Gleichbehandlungssatzes durch die Rechtsprechung (S. 76)	

B.	Die Begründungen in der Lehre (S. 78)	
1.	aus §§ 706 ff BGB (S. 78)	
2.	aus dem staatsrechtlichen Gleichheitssatz (S. 78)	
3.	aus Treu und Glauben (S. 79)	
4.	aus dem Sonderrecht des § 35 BGB (S. 79)	
5.	aus dem Gerechtigkeitsprinzip (S. 81)	
§ 17	Die Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	82
§ 18	Das Problem der rechtlichen Einheit von herrschender und abhängiger Gesellschaft	84
IV.	<u>Zusammenfassung : Vergleich der möglichen Ausgleichsansprüche mit dem Referenten- und dem Regierungsentwurf</u>	
§ 19	Der Vergleich der Leistungsansprüche untereinander und mit den Beseitigungsrechten	90
I.	Zusammenfassung der Ausgleichsansprüche (S. 90)	
II.	Die Ausgleichsansprüche und das Anfechtungsrecht (S. 93)	
§ 20	Die Regelung des Referentenentwurfs und des Regierungsentwurfs	94
	Z u s a m m e n f a s s u n g	96



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554014_0020

LITERATURVERZEICHNIS

I. Kommentare, Lehrbücher, Monographien

- Alexander Die Sonderrechte des Aktionärs, 1892
- Bachof Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vernahme einer Amtshandlung, 1951
- Ballerstedt Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, 1949
- Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, JZ 1951 S. 486 ff
 - Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organshaft, Betrieb 1956 S. 815 und 837 ff
 - Die Verfassung der Aktiengesellschaft und der Organschaftsvertrag, Betrieb 1957 S. 837
- Baumbach-Hueck
- Kommentar zum Aktiengesetz 9. Aufl. 1956
 - Kommentar zum Aktiengesetz 10. Aufl. 1959
 - Kommentar zum GmbH-Gesetz 8. Aufl. 1957
- Bodenheimer Das Gleichheitsprinzip im Aktienrecht (wirtschaftsrechtliche Abhandlungen, herausg. von K. Geiler, Heft 12), 1933
- Bondi Das Recht der Aktionäre, 1930
- Böttcher-Meilicke Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 1958
- Brand Kommentar zum HGB, 1911
- Brodmann Aktienrecht, Kommentar, 1928
- Breit Die Ansprüche des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft aus dem Erwerb der Aktien, ZHR 76 S. 415 ff
- Cohn Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Mitglieder im Verbandsrecht, ACP 132 S. 136 ff
- Crisolli Die neue Regelung des Umwandlungsrechts bei Kapitalgesellschaften, JW 1935 S. 175 ff
- Crisolli-Groschuff-Kaemmel Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften, 3. Aufl. 1937
- Dorpalen Die Treupflicht des Aktionärs, ZHR 102 S. 1 ff

- 'Duden Aktienrechtliche Fragen zur Organschaft mit einem Großaktionär, Betriebsberater 1957 S. 49 ff
- Die Diskussion um das Konzernrecht, Betriebsberater 1957 S. 1230
- Düringer-Hachenburg
Flechtheim Kommentar HGB, 2/3. Aufl., 1934
- Eisser Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungs-
beschlüssen der eingetragenen Genossenschaft, 1930
- Fechner Die Treubindung des Aktionärs, 1942
- Feine Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Handbuch
des gesamten Handelsrechts, herausg. von Ehrenberg,
Band 3, III Abt., 1929
- Feldmann- Geisel Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, 1954
- Filbinger Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht
und Konzernrecht (Neue deutsche Forschungen, Band 312),
1942
- Fischer, Curt E. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1948
- Die Reform des Aktienrechts, ACP 154 S. 182 ff
- Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht,
ACP 154 S. 115 ff.
- Fischer- Henie Handkommentar zum BGB, 14. Aufl. 1913
- Flume Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht, Betrieb 1956
S. 455 ff
- Die Organschaft im Gewerbesteuerrecht, Betrieb 1955
S. 485
- Fischer, Robert Fragen aus dem Recht der GmbH, JZ 1956 S. 363
- Frank- Fahle Die Stimmrechtsaktie, 1923
- Frankenberg Die konzernmäßige Abhängigkeit, 1937
- Franta Das neue Umwandlungsgesetz, Betrieb 1956 S. 1198 ff
- Frey Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im
Arbeitsrecht, 1954
- Friedländer Aktienrecht, 1932
- Konzernrecht, 1. Aufl. 1927, 2. Aufl. 1954

- Frowein Knebelungsverträge bei juristischen Personen, Dissertation Bonn, 1927
- Gadow -Heinichen-E. Schmidt- Aktiengesetz, Großkommentar 1. Aufl. 1939, 2. Aufl. .
W. Schmidt- Weipert- 1. Band 1. Lieferung (§§ 1-69 AktG, bearbeitet von
Fischer R. Fischer) 1957
- Geiler Die wirtschaftliche Strukturwandlung und die Reform des Aktienrechts, Gutachten im Enquete-Bericht 1927 S. 52 ff
- Gessler Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gesellschaften, Betriebsberater 1956 S. 1175 ff
- v. Gierke, Otto Genossenschaftstheorie, 1887
- Deutsches Privatrecht, 1895
- v. Gierke, Julius Handelsrecht, 8. Aufl. , 1958
- v. Godin-Wilhelmi Kommentar zum Aktiengesetz 2. Aufl. , 1950
- Goldmann-Lilienthal Kommentar zum HGB, 1905
- Haasemann Das Recht des einzelnen Aktionärs, Dissertation Leipzig 1900
- Hachenburg-Schilling- W. Schmidt Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Aufl. , 1953-1957
- Hallstein Die Sozialisierung des Privatrechts, Z. f. ges. StaatsW. Band 102 S. 530, 546
- Hamburger Die Organschaftsgesellschaft, in Festschrift für Seckel, 1927
- Haupt- Reinhardt Gesellschaftsrecht 4. Aufl. , 1952
- Haussmann Die Tochtergesellschaft, 1923
- Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassung, 1926
- Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassung, 1932
- Hayum Die Grenzen der Mehrheitsherrschaft in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Dissertation Tübingen 1927
- Horrwitz Die Generalversammlung, 1913
- Hueck Anfechtung und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, 1924

- Hueck - Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft und die Rechtsprechung des Reichsgerichts (in: RG Praxis im deutschen Rechtsleben, Band IV), 1929
- Das Recht der Generalversammlungsbeschlüsse und die Aktienrechtsreform... 1933
- Ipsen Über das Grundgesetz, 1950
- Isay, Rudolf Das Recht am Unternehmen, 1910
- Joss Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht, 1935
- Kahl Macht und Markt, 1956
- Kaskel- Dersch Arbeitsrecht, 5. Auflage 1957
- Koellreutter Staatsrecht, 1953
- Klausing Treupflicht der Aktionäre? in Festschrift für Schlegelberger 1936 S. 405 ff
- Kronstein Die abhängige juristische Person, 1930
- Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, 1957
- Langen Probleme der Interessengemeinschaft, 1929
- Lehmann, Karl Das Recht der Aktiengesellschaften Band I, 1898, Band II 1904
- Lehmann, Julius Die neueste Literatur über Konzernrecht, Steuer und Wirtschaft 1927 S. 1226
- Lehmann- Ring Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 1913
- Lehmann- Hirsch Verordnung über das Aktienrecht vom 19. 9. 1931, 1932
- Mangoldt- Klein Kommentar zum Grundgesetz 2. Aufl. 1955
- Maunz Staatsrecht 5. Aufl. 1956
- Maurer Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Kartell und Konzern (Züricher Beiträge Heft 195), 1955
- Meise Zivilrechtliche Probleme der Organschaft, Dissertation Frankfurt am Main, 1935
- Meyerowitz Das Recht der Aktionäre auf gleichmäßige Behandlung (gesellschaftsrechtliche Abhandlungen Heft 18), 1932

Mestmäcker	Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1959
Möhring	Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art notwendig? DRiZ 1957 S.203
Müller-Erzbach	Handelsrecht, 2/3. Aufl., 1928 - Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, 1948 - Das Aktienwesen seit der Inflation
Müller-Freienfels	Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen des Privatrechts, ACP 156 S. 522 ff
Neff	Gleichheit und Gerechtigkeit, 1941
Netter	Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmens an sich", in Festschrift für Pinner, Teil III, S. 105 ff, 1932
Nikisch	Arbeitsrecht, Band I, 2. Aufl., 1955
Nord	Das Recht der Aktionäre auf Mitverwaltung, 1935
Palandt	Kommentar zum BGB, 19. Aufl., 1960
Passow	Betrieb, Unternehmen und Konzern 1925 - Die Aktiengesellschaft, eine wirtschaftswissenschaftliche Studie, 1922
Raiser	Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111 S. 75 ff - Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in Festschrift für J. v. Gierke, 1950, S. 180 ff
Rasch	Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich? Gutachten zum 42. Deutschen Juristentag 1957 (siehe unten zu II) - Konzernrecht, 2. Aufl., 1955
Quassowski	Die Neuerungen auf dem Gebiet der Umwandlungsgesetzgebung, DJ 1934 S. 1630 ff
Reinhardt	Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, Gutachten zum 39. Deutschen Juristentag 1951, S. B 5 ff (siehe unten zu II)

Theis	Grundfragen des Aktionärs im Gemeinschaftsrecht, 1940
Triepel	Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien, 1924
von Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, (systematisches Handbuch), Band I, 1918
Vanoni	Zur Begriffsbestimmung der Kartelle und Konzerne, 1931
Weissbart	Aktiengesellschaft und Konzern (in Praxis der Aktiengesellschaft 6. Abschnitt), 1929
Wieland	Handelsrecht (systematisches Handbuch Band II, Kapitalgesellschaften), 1931
Würdinger	Aktienrecht, eine systematische Darstellung, 1959
	- Gesellschaften, 2. Teil (Recht der Kapitalgesellschaften), 1943
	- Konzernrechtliche Abhängigkeit und Haftung der Konzernleitung; Schutz der Minderheiten im Konzernrecht, Betrieb 1957 S. 961 ff
	- Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich? Gutachten zum 42. Deutschen Juristentag 1957 (siehe unten II)
Züge	Gewinnquotenbemessung und Gemeinschaftsgewinn bei der Interessengemeinschaft, 1925

II . MATERIALIEN

Arbeitsgemeinschaft der Schutzvereinigungen für Wertpapierbesitz; Denkschrift zur Reform des Aktiengesetzes, 1952

Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugnisse und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur, 1928;

I. Teil, 3. Arbeitsgruppe: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmen und Konzerne. Zitiert; Enquete - Bericht

Studienkommission des deutschen Juristentages:
Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts

Verhandlungen des 39. deutschen Juristentages, 1951

Verhandlungen des 41. deutschen Juristentages, 1955;
Berichte der Ausschüsse I (Berichterstatter Ballerstedt) und II (Berichterstatter Schilling)

Referentenentwurf eines Aktiengesetzes des Bundesjustizministeriums vom 7. Oktober 1958

Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes, 1960

Abkürzungsverzeichnis

AktG	Aktiengesetz
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
ACP	Archiv für die zivilistische Praxis
B	Der Betrieb
BankArch	Bankarchiv, Zeitschrift für Bank und Börsenwesen
BB	Der Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzhof, auch Entscheidungen des BFH
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen
BStBl	Bundessteuerblatt
DJ	Deutsche Justiz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
FN	Fußnote
HGB	Handelsgesetzbuch
Holdheim	Monatsschrift für Handelsrecht, begründet von Holdheim (bis Ende 1919)
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des Bundes- gerichtshofs in Zivilsachen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RFH Slg	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofes
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RStBl	Reichssteuerblatt
UStG	Umsatzsteuergesetz
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht

V o r w o r t

Die gegenwärtige wirtschaftliche Entwicklung in Westdeutschland ist durch einen starken Zug zur Konzentration wirtschaftlicher Macht gekennzeichnet. Die Zusammenfassung von Aktiengesellschaften in Konzernen bringt Gefahren für den einzelnen Aktionär mit sich, die heute mehr in den Blickpunkt der Öffentlichkeit gerückt sind, weil einmal der Aktienbesitz als Form der Kapitalanlage von immer breiteren Bevölkerungskreisen benutzt wird, zum anderen die Konzernbildung ständig zunimmt.

Die Gefahren für den konzernfreien Aktionär liegen, wie in der Einleitung gezeigt werden wird, vor allem in dem Verlust des in der Aktie verkörperten Gewinnanteilsrechts. Dieser Verlust seines Gewinnanteils trifft den konzernfreien Aktionär am unmittelbarsten. Gegenstand der Arbeit ist deshalb die Sicherung des Gewinnanteils des aussenstehenden Aktionärs in der in den Konzern eingegliederten Aktiengesellschaft. Die in der Aktie verkörperten Mitgliedschaftsrechte sollen hierbei nur insoweit berücksichtigt werden, als sie für die Sicherung des Gewinnanteils von Bedeutung sind.

Die Sicherung des konzernfreien Aktionärs erfolgt nach dem Gesetz und der herrschenden Lehre durch die Beseitigung des Konzerns und die Wiederherstellung des vor der Eingliederung bestehenden Zustandes. Um die Unzulänglichkeit dieser Regelung aufzuzeigen, ist es notwendig, im ersten Hauptteil auf die Probleme der verfahrensmäßigen Voraussetzungen für die Bildung von Unternehmenszusammenfassungen, der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit der der Konzerneingliederung zu Grunde liegenden Hauptversammlungsbeschlüsse einzugehen. Dies wird zeigen, daß eine Sicherung des konzernfreien Aktionärs durch eine Beseitigung des Konzerns nicht möglich ist. Eine angemessene Sicherung kann nur dadurch erreicht werden, daß man den Konzern bestehen läßt und dem Aktionär einen Ausgleichsanspruch gibt.

Diese im zweiten Hauptteil zu behandelnden Ausgleichsansprüche sind denkbar in Form eines Entschädigungsanspruches oder eines Rechtes auf Umtausch von Aktien. Dieses bisher wenig erörterte Recht auf Umtausch von Aktien soll im Mittelpunkt der Untersuchung stehen, da hierdurch eine zweckmäßige und systemgerechte Sicherung des aussenstehenden Aktionärs erreicht werden kann. Zum Abschluß wird die hier gefundene Lösung durch das Umtauschrecht gegen Kapitalabfindung und das Recht auf Umtausch gegen Aktien der herrschenden Gesellschaft mit der Regelung des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums vom 7. Oktober 1958 und dem Regierungsentwurf eines neuen Aktiengesetzes verglichen werden.

E i n l e i t u n g

§ 1 Konzern und konzernfreier Aktionär

I. Nach § 15 AktG liegt ein Konzern vor, wenn rechtlich selbstständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einer einheitlichen Leitung zusammengefaßt sind und wenn ein rechtlich selbstständiges Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens steht. Der Konzern ist daher nach dieser Legaldefinition, die sowohl den Gleichordnungs- als auch den Unterordnungskonzern umfaßt, die Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit. Diese Zusammenfassung kann im Wege einer vertragsmäßigen, organisatorischen oder stimmenmäßigen Eingliederung erfolgen. (1) Diese Formen der Begründung von Unternehmenszusammenfassungen treten selten vereinzelt und ausschließlich auf; so ist beispielsweise die Mehrheitsbeteiligung in den meisten Fällen die Grundlage für eine vertragliche oder personelle Eingliederung.

Die systematische Einordnung der Konzerne unter verschiedene Gruppen ist nach zahlreichen Gesichtspunkten erfolgt. Für den Gegenstand dieser Untersuchung ist es zweckmäßig, die Konzerne nach der Art ihres Zusammenschlusses zu ordnen; je nach dem, ob die Unternehmenszusammenfassung auf einem Vertrag oder auf einer Beteiligung beruht, spricht man von einem Vertragskonzern oder einem Beteiligungskonzern.

1) Im Vertragskonzern erfolgt die Zusammenfassung durch einen Abschluß des Konzernvertrages, der gegenseitige Rechte und Pflichten zwischen den Konzerngesellschaften begründet. Die zur Begründung von Unternehmenszusammenfassungen meist verwendeten Verträge sind, wenn auch nicht vollständig, in § 256 AktG angeführt. Es sind dies der Betriebsüberlassungsvertrag, der Interessengemeinschaftsvertrag - in § 256 AktG in der Form der Gewinngemeinschaft genannt - und der in dieser Vorschrift nicht erfaßte Organschaftsvertrag.

Der Betriebsüberlassungsvertrag hat nach der gesetzlichen Definition die Überlassung eines Betriebes an eine andere Gesellschaft zum Gegenstand. Dieser Betriebsüberlassungsvertrag im weiteren Sinne wird in der Literatur weiter zergliedert, die Lehre unterscheidet zwischen Pachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag im engeren Sinne und Betriebsführungsvertrag. (2) Das Unterscheidungsmerkmal zwischen diesen Formen liegt im Verhältnis zu Dritten: Bei dem Pachtvertrag und dem Betriebsführungsvertrag

(1) Kronstein, Abhängige juristische Person S. 7

(2) Rasch, Konzernrecht S. 13

handelt die übernehmende Gesellschaft in eigenem Namen, bei dem Betriebsüberlassungsvertrag im engeren Sinne in fremdem Namen kraft erteilter Vollmacht.

Als Vertragsform tritt neben den Betriebsüberlassungsvertrag die Interessengemeinschaft. Begriff und Definition dieses Vertragstyps sind ebenso umstritten wie die Frage, ob diese Vertragsform eine selbstständige Rechtsform des Unternehmenszusammenschlusses darstellt und wie sie von den anderen Konzernvertragstypen abzugrenzen ist; (3) diese Begriffsbestimmung und Abgrenzung vom Betriebsüberlassungsvertrag wird später für die Untersuchung wesentlich werden, ob Zusammenschlüsse dieser Art eine Satzungsänderung darstellen und damit besonderen Voraussetzungen unterliegen, (3a) Interessengemeinschaft im umfassendsten Sinn ist die Zusammenfassung gemeinsamer Interessen durch einen Vertrag. Interessengemeinschaften im Sinn der Definition eines Zusammenschlusses jeder Art zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes (§ 705 BGB) sind daher im Aktienrecht außer den Zusammenschlüssen rechtlich selbstständiger Unternehmen zur Verfolgung einer gemeinsamen Geschäftspolitik auch die Aktienaustauschvereinbarungen, Beteiligungskonsortien und Arbeitsgemeinschaften ohne Gewinnbeteiligung. Die Lehre hat diesen Begriff der Interessengemeinschaft im weiteren Sinn für den Konzernatbestand eingeschränkt und als wesentliches Kriterium die Gewinnbeteiligung gefordert; "Voraussetzung für die Annahme einer konzernrechtlichen Interessengemeinschaft ist eine Gewinnbeteiligung in der Weise, daß innerhalb einer Gemeinschaftssphäre des Unternehmens das Unternehmerrisiko vergemeinschaftet wird, sodaß insoweit Gewinne und Verluste zusammengerechnet werden und jeder der Beteiligten an dem Gesamtergebnis mit einem gewissen Teilbetrag beteiligt ist." (4) Das Aktiengesetz erwähnt dementsprechend in § 256 neben dem Betriebsüberlassungsvertrag den Gewinnabführungsvertrag und die Gewinnbeteiligung. Die Form, in der die Gewinnbeteiligung vereinbart wird, ist nach h. M. gleichgültig; eine Interessengemeinschaft liegt in jedem Fall der Zusammenlegung von Gewinnen vor, gleich ob diese im Wege einer Gewinnpoolung mit schlüsselmäßiger Aufteilung oder im Wege der Abführung des Gewinnes an eine Gesellschaft und anteilmäßige Rückvergütung erfolgt.

Ist das Unterscheidungsmerkmal der Gewinnbeteiligung aber geeignet, die Interessengemeinschaft zu kennzeichnen und die Abgrenzung von den anderen Vertragsformen zu gewährleisten? Dies muß für alle die Vertragsformen bezweifelt werden, in denen der Ausgleich zwischen den Gesellschaften in irgendeiner Form an dem Gewinn oder der Dividende der einen Gesellschaft orientiert ist. Wenn innerhalb eines Betriebsüberlas-

(3) Geiler bei Düringer-Hachenburg II Bd 1 Einleitung zum 2. Buch Anm. 441 ff mit weiterer Literatur

(3a) vergleiche unten S. 29 ff

(4) Geiler bei Düringer-Hachenburg II, 1 Anm. 445 und bei Staudinger Anh. zu § 705 BGB Anm. 290, 293; Passow a. a. O. S. 119; Langen a. a. O. S. 15; Vanoni a. a. O. S. 68 ff; Weissbart a. a. O. S. 442; Züge a. a. O. S. 9

sungsvertrages das Entgelt nicht in Form einer festen, sondern in einer vom Gewinn der Obergesellschaft abhängigen Vergütung besteht, liegt eine Gewinngemeinschaft vor. In diesem Fall versagt das Kriterium der Gewinngemeinschaft ebenso wie im Fall der Organschaft, des Pachtvertrages oder des Betriebsführungsvertrages, da auch hier die Dividendengarantie, soweit sie geleistet wird, an die Dividende der Obergesellschaft geknüpft ist. Der Einwand von Geiler (5), der das Kriterium der Gewinngemeinschaft durch Hinweise darauf rechtfertigen will, daß beim Betriebsüberlassungsvertrag die Leistung die Gegenleistung für die Überlassung des Betriebes, bei der Interessengemeinschaft aber Ausfluß der Gewinngemeinschaft sei, ist nicht überzeugend. Es kommt nicht darauf an, welcher Rechtsgrund dem Entgelt zu Grunde liegt, sondern in welcher Form es gewährt wird. Wenn die Höhe des Entgelts nach dem Gewinn einer Gesellschaft bestimmt ist, handelt es sich materiell um eine Gewinngemeinschaft mit einem besonderen Verteilungsschlüssel.

Die Gewinngemeinschaft kann auch im Hinblick auf die Art und den Grad des Zusammenschlusses nicht als wesentliches Unterscheidungsmerkmal der Interessengemeinschaft angesehen werden. Die Gewinnpoolung ist nicht Selbstzweck der Interessengemeinschaft, der Gewinnausgleich soll nur die Gemeinschaftlichkeit der Geschäftsführung ermöglichen und rechtfertigen. (6) So kann nach allgemeiner Meinung die Interessengemeinschaft in verschiedenen Formen als Gewinngemeinschaft, Verwaltungsgemeinschaft oder Betriebsgemeinschaft (zentrale Interessengemeinschaft) in Erscheinung treten. (7) Eingliederungsformen, die sich nur nach dem Grad der Integration unterscheiden. Dies wird auch nicht durch § 256 AktG geändert. Wenn das Gesetz nur von Gewinngemeinschaft und Betriebsüberlassungsvertrag spricht, so bedeutet das nur, daß die Interessengemeinschaft in Form der Gewinngemeinschaft zwar die häufigste, nicht aber die einzige Form ist. Der allgemeine Begriff der Interessengemeinschaft im weiteren Sinn ist zur Bestimmung der konzernrechtlichen Interessengemeinschaft ebenso unbrauchbar wie das Merkmal der Gewinngemeinschaft, da beide eine Abgrenzung von den anderen Formen des Konzernvertrages nicht ermöglichen.

Da die Begründung der Interessengemeinschaft als selbständige Vertragsform nur dann einen Sinn hat, wenn sie vom Betriebsüberlassungsvertrag und Organschaftsvertrag deutlich unterschieden werden kann, kann das Unterscheidungsmerkmal nur im Verhältnis zu diesen beiden Vertragstypen liegen. Sowohl beim Betriebsüberlassungsvertrag als auch bei der Organschaft besteht zwischen den beteiligten Gesellschaften ein Subordinationsverhältnis; es wird nicht der Gewinn nach einem Schlüssel aufgeteilt, sondern zunächst an die Obergesellschaft abgeliefert, die dann von sich aus im Wege der

(5) Düringer-Hachenburg II a Anm. 445

(6) Düringer-Hachenburg § 213 Anm. 18, Rasch Konzernrecht S. 76

(7) Rasch, Konzernrecht S. 80

Dividendengarantie oder der Pachtsumme einen von ihr festgesetzten Anteil zurückgibt, (8) Wenn Kennzeichen des Betriebsüberlassungsvertrages und der Organschaft das Abhängigkeitsverhältnis ist, so kann die spezifisch konzernrechtliche Interessengemeinschaft, soll sie selbständige Bedeutung haben, nur auf das Gleichordnungsverhältnis beschränkt sein. Dies entspricht auch dem Grundgedanken der Interessengemeinschaft, die zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes dienen soll und damit Gleichberechtigung der Vertragspartner wenn nicht zwingend vorschreibt, so doch indiziert. Bei einem Subordinationsverhältnis wird daher, wenn Gewinn und Verwaltung in irgendeiner Form zusammengefaßt werden, **ä u s s e r l i c h** eine Interessengemeinschaft vorliegen, **m a t e r i e l l** wird aber regelmäßig ein Betriebsüberlassungsvertrag gegeben sein. (9)

Diese Auffassung ist nicht unbestritten. Ein Teil der Lehre nimmt an, daß auch im Subordinationsverhältnis Interessengemeinschaften möglich sind. (10) Dieser Meinung ist insoweit zuzustimmen, als sicher die einen Betriebsüberlassungsvertrag oder eine Organschaft bildenden Tatbestände auch eine Interessengemeinschaft im weiteren Sinne darstellen können. Die von Mestmäcker (11) vorgenommene Unterscheidung, nach der im Subordinationsverhältnis keine Interessengemeinschaft möglich sei, weil im Rahmen der Abhängigkeit die Interessen der herrschenden Gesellschaft verfolgt würden und es deshalb an einer Verfolgung gemeinsamer Interessen fehle, erweckt Bedenken. Auch im Subordinationsverhältnis wird ein gemeinsames Interesse, das Konzerninteresse, verfolgt, das sich die eingegliederte Gesellschaft durch Aufnahme in den Unternehmensverband zu eigen macht. Daher kann die Interessengemeinschaft im Abhängigkeitsverhältnis mit dieser Begründung nicht verneint werden. Dennoch hat Mestmäcker Recht, wenn er die Zusammenschlüsse im Subordinationsverhältnis aus dem konzernrechtlichen Begriff der Interessengemeinschaft ausschließen will. Dieser Ausschluß kann aber nicht dadurch erfolgen, daß man eine Interessengemeinschaft im allgemeinen Sinn verneint. Er ist nur über die Beschränkung der konzernrechtlichen Interessengemeinschaft auf das Gleichordnungsverhältnis möglich. Aus allem ergibt sich, daß man die Interessengemeinschaft als selbständige Form des Konzernvertrages nur aufrechterhalten kann, wenn man sie auf das Gleichordnungsverhältnis beschränkt. Die Interessengemeinschaft ist daher der vertragliche Zusammenschluß mehrerer selbstständiger Unternehmen zur Wahrnehmung eines gemeinsamen Zweckes, die gleichberechtigt sind.

Die umfassendste Eingliederung erfolgt im Vertragskonzern durch den Organschaftsvertrag. Diese Form der Unternehmenszusammenfassung verdankt ihre Entstehung dem Steuerrecht, das auch die maßgeblichen Unterscheidungsmerkmale für das Vor-

(8) Von ihr deshalb festgelegt, weil die Obergesellschaft wegen der regelmäßig bestehenden Stimmenmehrheit die Art und den Umfang der Entschädigung bestimmt.

(9) Haussmann, Praxis der Unternehmenszusammenfassungen S. 133

(10) Düringer-Hachenburg § 215 Anm. 6, Geiler bei Düringer-Hachenburg II 1 Einltg. Anm. 456, Rasch Konzernrecht S. 80

(11) a. a. O. S. 321, 322

Hegen eines Organschaftsvertrages herausgearbeitet hat. Grundlage war die Organtheorie des preußischen Oberverwaltungsgerichts zur Gewerbe- und Einkommensteuer, nach der auch nichtpreußische Unternehmer zur preußischen Gewerbesteuer herangezogen werden konnten, wenn sie ihr Gewerbe in Preußen durch in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis stehende Personen betreiben ließen. (12) Der Reichsfinanzhof hat diese Grundlagen dann auf die wirtschaftliche Abhängigkeit von juristischen Personen ausgedehnt und hieraus steuerliche Folgerungen für die Umsatz- und Körperschaftssteuer gezogen. Nach dem Umsatzsteuergesetz vom 8. Mai 1926 (ebenso nach dem von 1920) sind Lieferung und Leistung umsatzsteuerpflichtig, die innerhalb einer selbständigen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit erfolgen; die Umsatzsteuer entfiel daher auch für juristische Personen, wenn die Tätigkeit "im wirtschaftlichen Organismus eines Unternehmens so ausgeübt wird, daß die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter Leitung des Unternehmens steht." (13) Im Körperschaftssteuerrecht wird nach den allgemeinen Grundsätzen das Einkommen von Gesellschaft und Gesellschaftern getrennt besteuert; die Organtheorie des Reichsfinanzhofes schafft hier die Möglichkeit, eine Doppelbesteuerung zu vermeiden und bei wirtschaftlicher Eingliederung den Gewinn nur bei der Obergesellschaft zu versteuern. (14)

Sowohl im Umsatz- als auch im Körperschaftssteuerrecht ist Voraussetzung der steuerlichen Begünstigung das Vorliegen eines Organverhältnisses, also "die nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse erfolgte finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung." (15) Auch der Gesetzgeber hat die Organgesellschaft anerkannt. Eine juristische Person ist dann Organgesellschaft, wenn sie dem Willen eines Unternehmens derart untergeordnet ist, daß sie keinen eigenen Willen mehr hat. (16) Dies ist dann der Fall, wenn sie finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch eingegliedert ist. (17)

2) Im Beteiligungskonzern fehlt es an einer Einflußnahme durch einen Vertrag. Hier sichert die Obergesellschaft ihren Einfluß dadurch, daß sie kraft ihres Stimmrechts den Vorstand über den Aufsichtsrat besetzt und damit die Leitung des Unternehmens dem

(12) OVG ST III, 240; IV, 342

(13) RFH Slg 3, 290

(14) RFH RStB1 1928, 360 Nr. 651, RFH Slg 26, 124

(15) Umstritten ist, ob für die Frage der Anerkennung der Organschaft im Körperschaftssteuerrecht eine ausdrückliche Gewinn- und Verlustübernahme notwendig ist (so die h. M. RFH Slg 31, 297, RFH RStB1 1928 S. 360), und ob dieser Ergebnisausschluß nur im Wege eines Vertrages erfolgen kann. (Dafür die Rechtsprechung des BFH Slg 60, 489 und BStB1 III 1957 S. 139 Nr. 106 gegen die ständige Rechtsprechung des RFH, der die Weisungen der Muttergesellschaft genügen ließ.)

(16) § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG von 1934, § 2 Zif. 2 Satz 2 GewStG von 1936; § 1 Holdingmitbestimmungsgesetz definiert den Organschaftsvertrag als ein auf Vereinbarung beruhendes Herrschaftsverhältnis, auf Grund dessen das abhängige Unternehmen dem Willen des herrschenden Unternehmens unterworfen ist.

(17) § 17 UStDB von 1956, § 17 Gew. StDB von 1950

Konzernplan anpaßt. Diese Leitung kann dadurch erfolgen, daß der Vorstand der Obergesellschaft die Leitung der Untergesellschaft selbst übernimmt, aber auch dadurch, daß durch sogenannte "Delegierte" der Einfluß gesichert wird, die selber keine Organstellung innehaben. Neben diese Besetzung des Vorstandes tritt die Besetzung des Aufsichtsrates mit Vorstandsmitgliedern der Obergesellschaft. Zwar kann nach § 95 AktG der Aufsichtsrat dem Vorstand keine Weisungen erteilen, in der Praxis wird dieses Verbot aber weitgehend unbeachtet gelassen. Durch diesen Einfluß auf die Gesellschaftsorgane beeinflußt die Obergesellschaft die geschäftliche Tätigkeit der Untergesellschaft und paßt sie der allgemeinen Konzernpolitik an. (18)

II. Konzernfreier Aktionär ist, wer zwar an der Untergesellschaft, nicht aber an der Konzernspitze beteiligt ist. Dieser Begriff überschneidet sich teilweise mit dem des Minderheitsaktionärs, ist aber nicht in jedem Fall identisch. Minderheitsaktionär ist jeder, der sich innerhalb einer Aktiengesellschaft einer Mehrheit gegenüber sieht, die gegen den Willen der Minderheit die Tätigkeit der Aktiengesellschaft einseitig beeinflussen kann. Da die Konzerneingliederung nicht in jedem Fall auf einer Mehrheitsbeteiligung beruht, ist der konzernfreie Aktionär zwar meist, aber nicht immer auch Minderheitsaktionär. Diese Unterscheidung führt zu einer Einengung des Problemkreises. Es sollen hier nicht die allgemeinen Probleme der Vergewaltigung einer Minderheit bzw. die allgemeinen Schranken der Mehrheitsherrschaft behandelt werden. Gegenstand der Untersuchung sind nur die besonderen Probleme, die sich aus der Unternehmenskonzentration für den einzelnen Aktionär ergeben.

§ 2 Die Auswirkungen der Konzerneingliederung auf das Unternehmen der Untergesellschaft und die Rechtsstellung des konzernfreien Aktionärs

Durch die Eingliederung gibt die Untergesellschaft die eigene unternehmerische Tätigkeit auf und überträgt diese auf die Obergesellschaft. Sie handelt nicht mehr nach einem eigenen Wirtschaftsplan, für sie ist jetzt der Konzernplan verbindlich. Dieser Eingriff der Obergesellschaft kann sehr weit gehen: er kann das Lieferprogramm, die Preisgestaltung, die Auswahl der Lieferanten, den Absatzmarkt oder die Finanz- und Investitionspolitik betreffen und die Untergesellschaft im äußersten Fall zu einer unselbständigen Betriebsabteilung machen; sogar die Stilllegung einer Gesellschaft aus wettbewerbstechnischen Gründen ist denkbar.

Diese radikale Einwirkung auf das Unternehmen der eingegliederten Gesellschaft führt zu einer völligen Verschiebung im Aufbau der Aktiengesellschaft. Der Vorstand leitet die Gesellschaft formell zwar noch in eigener Verantwortung, er ist aber von den Wei-

(18) Zu der Frage, wie weit dieser Einfluß durch wechselseitige Beteiligung verstärkt oder aufgehoben wird, vgl. Mestmäcker a. a. O. S. 144. Im Rahmen dieser Untersuchung spielt die Frage keine entscheidende Rolle.

sungen der Obergesellschaft abhängig. Der Aufsichtsrat, der die Tätigkeit des Vorstandes kontrollieren soll, trägt in der Regel nur dazu bei, den Einfluß der Obergesellschaft zu stärken. Der Gegenstand der abhängigen Gesellschaft besteht in einem Unternehmen, dessen Vermögen von anderen Personen als denjenigen zur Verfügung gestellt wird, die die Leitungsgewalt innehaben. (19) Aus diesem Auseinanderfallen von Rechtsschein und Wirklichkeit (20) ergeben sich die besonderen Probleme des konzernfreien Aktionärs.

Die Aktie verkörpert das Anteilsrecht des Aktionärs an Substanz und Ertrag des als Unternehmen genutzten Vermögens der Gesellschaft; der Aktionär kann daher, wenn auch nicht juristisch, so doch wirtschaftlich als Eigentümer der Aktiengesellschaft und der Vermögenswerte angesehen werden. (20a) Damit ist nicht gesagt, daß dem Aktionär kraft seines Eigentums ein Anrecht auf die Verwendung des gesamten Geschäftsergebnisses als Reingewinn und dessen Ausschüttung zusteht. Die Entscheidung über die grundsätzlichen Rechte des Aktionärs auf das Geschäftsergebnis, die vor allem bei dem Problem der stillen Reserven Bedeutung erlangt hat, hängt von der Stellung ab, die man dem Aktionär der Gesellschaft gegenüber zubilligt. Geht man von dem Eigentum aus und sieht man den Aktionär als Eigentümer der Gesellschaft, so hat er vor allen anderen Beteiligten ein Recht auf Verwendung des Geschäftsergebnisses als Reingewinn. Das Aktiengesetz ging nach seiner liberalen Grundtendenz stärker von der Stellung des Aktionärs als Eigentümer der Gesellschaft aus. Ob diese Auffassung aber heute noch aufrechterhalten werden kann, muß zumindest für die sogenannte "große Aktiengesellschaft" bezweifelt werden. Diese Unternehmen haben durch ihre Größe und ihre Auswirkungen auf die gesamte Wirtschaftsordnung eine Stellung erreicht, in der der Aktionär in seiner Rolle als Eigentümer der Gesellschaft nicht mehr als alleiniger Verfügungsberechtigter angesehen werden kann. Diese Unternehmen sind so weit mit dem öffentlichen Interesse verbunden, daß dem Aktionär allein die Entscheidung darüber, welcher Teil des Geschäftsergebnisses zur Stärkung des Unternehmens und welcher zur Gewinnausschüttung verwendet wird, nicht mehr zugestanden werden kann. Diese Frage berührt indessen hier nur am Rande. Die Aktie wird nicht als bestimmter Anteil am allgemeinen Geschäftsergebnis, sondern als Anteil an der Substanz und dem im Rahmen der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung zur Verteilung vorgesehenen Gewinns gesehen. Dieser Anteil gibt in der selbständigen Gesellschaft einen Anteil an Substanz und Ertrag. Er bringt zugleich indirekt eine Beteiligung an den Verlusten, da durch die Verluste der Wert des Anteils verringert wird. Im Falle der Eingliederung bleibt das Risiko des Aktionärs in vollem

(19) Mestmäcker a. a. O. S. 305

(20) Fischer in ACP Bd. 154 S. 115 ff

(20a) Würdinger, Aktienrecht a. a. O. S. 4

Umfang bestehen, sein Anteilsrecht am Ertrag wird aber dadurch ausgehöhlt, daß das Unternehmen unter fremder Nutzung steht.

Die besondere Situation des außenstehenden Aktionärs ist daher durch die Tatsache gekennzeichnet, daß sein Anteilsrecht durch die Fremdnutzung des Unternehmens und die **damit verbundene Gewinnüberleitung** ausgehöhlt wird. Diese Erscheinung zeigt sich am deutlichsten bei der Organschaft, die ja zu ihrer körperschaftssteuerrechtlichen Anerkennung eine Gewinn- und Verlustübernahme voraussetzt. Wird aber der Gewinn in die Obergesellschaft übergeleitet, so entfällt bei der Untergesellschaft die Möglichkeit einer Gewinnausschüttung. Bei den anderen Formen des Konzernvertrags liegt die Situation ähnlich, wenn auch weniger offen zu Tage. Bei der Interessengemeinschaft kann die eine Gesellschaft den Gewinnverteilungsschlüssel derart beeinflussen, daß bei der anderen Gesellschaft nur noch ein minimaler Gewinn anfällt. Im Rahmen des Betriebsüberlassungsvertrages hat die Obergesellschaft es durch die Manipulation des Entgelts in der Hand, den Gewinnanteil des freien Aktionärs zu verwässern (21).

Im Rahmen des Beteiligungskonzern liegen die Verhältnisse ebenso, nur ist hier die Beeinträchtigung des Mitgliedschaftsrechts sehr viel schwerer erkennbar. Da es keinen Vertrag gibt, aus dem man Art und Umfang der Gewinnabführung entnehmen könnte, kann man die Beeinträchtigung nur aus den einzelnen Maßnahmen der Geschäftsführung entnehmen. Wenn die Tochtergesellschaft beispielsweise Waren zu einem weit unter dem Marktpreis liegenden Konzernpreis liefert, so wird dadurch der Gewinn der Untergesellschaft in die Obergesellschaft übergeleitet. Die Rechtslage ist daher vom freien Aktionär aus gesehen gleich, nur muß hier jede einzelne Maßnahme der Geschäftsführung überprüft werden, um die Gewinnverschiebung festzustellen.

Die Einwirkung auf die Rechtsstellung des freien Aktionärs besteht also vor allem darin, daß sein Anteilsrecht ohne formelle Antastung entwertet wird. Dies ist ein Eingriff, der, wie Mestmäcker (22) sagt, in seiner Radikalität nur mit einer öffentlich-rechtlichen Enteignung vergleichbar ist (23).

(21) Für diese Frage kann vom Betriebsüberlassungsvertrag im weiteren Sinn ausgegangen werden. Hinsichtlich des freien Aktionärs ist es gleichgültig, ob die Obergesellschaft in eigenem oder fremdem Namen tätig wird, da in jedem Fall das Entgelt manipuliert werden kann.

(22) a. a. O. S. 352

(23) Neben dem Anteilsrecht werden auch die Verwaltungsrechte von der Konzern-eingliederung betroffen. Der Aktionär kann zwar weiterhin sein Stimmrecht ausüben, diese Ausübung hat aber wenig praktische Bedeutung, da in der Hauptversammlung der eingegliederten Gesellschaft keine wesentlichen Entscheidungen mehr getroffen werden. Die Verwaltungsrechte teilen daher das Schicksal des Gewinnanteilsrechts; sie werden ohne formelle Beeinträchtigung ausgehöhlt. Hierauf wird später noch einzugehen sein.

§ 3 Die Sicherung des konzernfreien Aktionärs.

Das Problem der Sicherung des konzernfreien Aktionärs ist in der Praxis außerordentlich wichtig. Der Gesetzgeber hat, wie im einzelnen noch gezeigt werden wird, diese Fragen nur unvollkommen geregelt. Die von ihm vorgesehenen Schutzbestimmungen haben teilweise statt zu einer Beschränkung zu einer Förderung der Unternehmenskonzentration beigetragen. So befanden sich nach den Ermittlungen des statistischen Bundesamtes Ende 1956 von dem Gesamtkapital von 18 Mrd. Deutsche Mark der in die Untersuchung einbezogenen 1.636 deutschen Aktiengesellschaften - dies entspricht etwa $\frac{2}{3}$ der Zahl und $\frac{3}{4}$ des Kapitals aller deutschen Aktiengesellschaften - 6,2 Mrd. Deutsche Mark im Schachtelbesitz anderer Aktiengesellschaften und etwa 8 Mrd. Deutsche Mark im Dauerbesitz anderer Anteilseigner, überwiegend wiederum anderer inländischer und ausländischer Unternehmen sowie der öffentlichen Hand. Zwar sind die als Schachtel- und Dauerbesitz erfaßten Beteiligungen nicht in allen Fällen mit Mehrheitsbesitz identisch. Auf jeden Fall läßt sich aber aus den Zahlen entnehmen, daß - in der Gesamtsumme aller Gesellschaften und bei starker Unterschiedlichkeit in den einzelnen Gesellschaften - in der Verteilung des Kapitals der Aktiengesellschaften die dem Einfluß der Verwaltung dienenden dauernden Beteiligungen das Übergewicht gegenüber dem Kapitalanteil der freien Aktionäre haben und daß dieses Übergewicht im Vergleich zur Vorkriegszeit noch gestiegen ist (24).

Die Sicherung des Anteilsrechts des außenstehenden Aktionärs ist auf verschiedenen Wegen möglich. Die Rechtsstellung des Aktionärs kann einmal dadurch verbessert werden, daß ihm ein größerer Einblick in die Verflechtungsverhältnisse gewährt wird und daß im Zusammenhang damit die Bilanz erweitert und offener gestaltet wird. Diese seit langem geforderte Konzernbilanz gehört zwar auch zum Problembereich der Sicherung des freien Aktionärs, sie betrifft aber, da Hand in Hand mit ihr die Forderung nach einer Beschränkung der Bildung freier Rücklagen und der Selbstfinanzierung der Aktiengesellschaften geht, ebenso den Minderheitsaktionär in der unabhängigen Gesellschaft und ist damit nicht typisch im Sinne dieser Untersuchung. Die Fragen der Publizität, der Konzernbilanz und der Bildung freier Rücklagen bleiben daher bewußt unberücksichtigt.

Die dem freien Aktionär drohende Gefahr liegt darin, daß durch die Eingliederung das Geschäftsergebnis in eine andere Gesellschaft verlagert wird. Die Sicherung des Rechtes auf Gewinnbeteiligung kann daher grundsätzlich auf zwei verschiedenen Wegen erreicht werden :

- 1) Man kann entweder dem Aktionär das Recht geben, die Unternehmenszusammenfassung zu beseitigen; dann wird nach Beseitigung des Abhän-

(24) Wirtschaft und Statistik, hsgb. vom statistischen Bundesamt 1957 S. 275

gigkeitsverhältnisses der ursprüngliche Zustand wieder eintreten, der Gewinn wird in der Untergesellschaft verbleiben und kann an die Aktionäre der Untergesellschaft verteilt werden.

- 2) Die zweite Möglichkeit besteht darin, den Unternehmenszusammenhang bestehen zu lassen, dem Aktionär aber einen **Ausgleichsanspruch** für den Verlust seines Gewinnanteils zu geben.

Die Sicherung des freien Aktionärs durch die Beseitigungsrechte umfaßt die Probleme der Erschwerung des Abschlusses von Konzernverträgen durch verfahrensmäßige Voraussetzungen sowie die der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der den Konzernverträgen zu Grunde liegenden Hauptversammlungsbeschlüssen. Dies ist der vom geltenden Aktienrecht und der Rechtslehre vorwiegend eingeschlagene Weg zur Sicherung der Rechte des außenstehenden Aktionärs. Daher sollen im ersten Hauptteil diese Beseitigungsrechte kurz untersucht und daraufhin überprüft werden, ob sie wirklich eine Sicherung des freien Aktionärs bedeuten. Im zweiten Hauptteil wird dann die Frage der Ausgleichsansprüche und hierbei besonders das Recht auf Umtausch von Aktien behandelt werden.



I. Hauptteil

I. Die verfahrensmäßigen Voraussetzungen der Eingliederung durch Konzernverträge.

§ 4 Bedarf der Konzernvertrag einer Satzungsänderung gemäß § 145 ff AktG oder genügt ein Mehrheitsbeschluß gemäß § 256 AktG ?

Gemäß § 256 AktG bedürfen Gewinngemeinschaften mit einer Gewinnabführungspflicht von mehr als $\frac{3}{4}$ des gesamten Gewinnes sowie Betriebsüberlassungsverträge eines Hauptversammlungsbeschlusses mit $\frac{3}{4}$ Mehrheit. Eine Satzungsänderung bedarf gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1 AktG ebenfalls der $\frac{3}{4}$ Mehrheit, gemäß § 145 Abs. 2 AktG ist aber darüberhinaus eine Ankündigung der Beschlußfassung in der Hauptversammlung und gemäß § 148 Abs. 3 AktG eine Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister erforderlich. Stellt daher die Eingliederung in einen Konzern eine Satzungsänderung dar, so sind neben der $\frac{3}{4}$ Mehrheit die Publizitätserfordernisse der §§ 145, 148 AktG zu beachten, es sei denn, diese Vorschriften würden durch § 256 AktG verdrängt.

1) Die Frage, ob der Konzernvertrag eine Satzungsänderung darstellt, ist sehr umstritten und wird für die verschiedenen Vertragsformen unterschiedlich beantwortet. Eine Satzungsänderung liegt allgemein vor, wenn der Gegenstand des Unternehmens geändert wird. Durch den Organschaftsvertrag wird das Unternehmen der abhängigen Gesellschaft derart umgestaltet, daß an die Stelle der Durchführung eigener geschäftlicher Tätigkeit die weisungsgebundene Tätigkeit für die Obergesellschaft tritt. Wegen dieser umfassenden Änderung der gesellschaftlichen Struktur nimmt die überwiegende Meinung für den Fall des Organschaftsvertrages eine Änderung des Unternehmensgegenstandes und damit eine Satzungsänderung an (25). Hinsichtlich des Betriebsüberlassungsvertrages und der Interessengemeinschaft ist die Rechtslage sehr streitig. Bei dem Betriebsüberlassungsvertrag wird im Anschluß an die vor dem Aktiengesetz herrschende Meinung (26) angenommen, daß die Umwandlung von einer werbenden zu einer "Rentner"-gesellschaft eine Änderung des Unternehmensgegenstandes darstellt (27). Diese Auffassung bejaht daher in allen Fällen von langfristigen Betriebsüberlassungs- und Pachtverträgen die Änderung des Gegenstandes.

(25) Rasch Konzernrecht S. 60, Duden BB 1957 S. 49, Ballerstedt B 1956 S. 837, Schilling JZ 1957 S. 529, Mestmäcker a. a. O. S. 327. - Die h. M. beschäftigt sich nicht mit dieser Frage, da nach ihr § 256 AktG vorgeht.

(26) Friedländer § 275 AktG Anm. 2

(27) Rasch S. 66, Mestmäcker S. 338. - A. M. Ballerstedt, der nur beim Organschaftsvertrag eine Änderung des Unternehmensgegenstandes annimmt.

Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine "Rentner"gesellschaft ist eine Änderung des Unternehmensgegenstandes. Durch die Konzerneingliederung wird das eigene Unternehmen der eingegliederten Gesellschaft dahin umgestaltet, daß an die Stelle der eigenen unternehmerischen Tätigkeit die weisungsgebundene Tätigkeit für die herrschende Gesellschaft tritt. Diese Tätigkeit ist wesensmäßig so verschieden von der ursprünglichen eigenen Geschäftsführung, daß der werbenden und der Rentnergesellschaft nur noch der äußere Rahmen und die rechtliche Selbständigkeit gemeinsam sind. Der Eingriff durch einen langfristigen Betriebsüberlassungsvertrag ist derart schwerwiegend, daß hier, ebenso wie beim Organschaftsvertrag, eine Satzungsänderung vorliegt. Schwieriger ist die Abgrenzung bei der Interessengemeinschaft, die im Schrifttum nicht behandelt wird. Die Interessengemeinschaft ist der Grundtatbestand des Gleichordnungskonzerns. Auch hier erfolgt ein Eingriff in das Unternehmen insoweit, als es dem Konzernplan unterstellt wird, der Eingriff ist aber je nach Stärke der Integration verschieden. Bei der Gewinngemeinschaft bleibt das Unternehmen der abhängigen Gesellschaft erhalten, hier wird der Gegenstand des Unternehmens nicht berührt. Bei der Betriebsgemeinschaft werden die Produktionsmittel vereinigt, aber auch hier behält die Untergesellschaft ihr eigenes Unternehmen. Die Verwaltungsgemeinschaft führt schließlich zu einer Zusammenlegung der Verwaltung, die Untergesellschaft behält aber auch hier insoweit ihr eigenes Unternehmen, als sie nicht nur für eine herrschende Gesellschaft tätig wird, sondern mit anderen Unternehmen gemeinsam ihr Geschäft betreibt. Hierin wird man noch keine Änderung des Unternehmensgegenstandes sehen können, da die eingegliederte Gesellschaft, wenn auch beschränkt, Trägerin des eigenen Unternehmens bleibt. Eine Satzungsänderung wird daher bei einer reinen Interessengemeinschaft nicht vorliegen. Sie wird erst dann gegeben sein, wenn das Unternehmen für die Obergesellschaft geführt oder in eine Rentnergesellschaft umgewandelt wird.

2) Wenn beim Betriebsüberlassungsvertrag und der Organschaft eine Satzungsänderung vorliegt, so fragt sich weiter, ob die Publizitätserfordernisse nicht durch § 256 AktG ausgeschlossen sind. Diese Frage wird von einem Teil der Lehre verneint (28). Rasch und Duden vertreten die Auffassung, daß zumindest der Organschaftsvertrag nicht unter § 256 AktG falle, da er in seinen Wirkungen weit über die in dieser Vorschrift genannten Verträge hinausgehe; darüberhinaus gelte § 256 nur für den konkreten Vertragsschluß und besage nichts für das Erfordernis der Satzungsänderung. Wenn § 256 unabhängig davon sei, ob eine Satzungsänderung vorliege, so seien umgekehrt auch die Vorschriften über die Publizitätserfordernisse anwendbar, wenn eine Satzungsänderung vorliege. Mestmäcker begründet die Un-

(28) Rasch Konzernrecht S. 66, Ballerstedt B 1956 S. 837, Duden BB 1957 S. 49, Schilling JZ 1957 S. 529. - Diese Auffassung wird ausdrücklich nur für den Organvertrag vertreten, muß aber ebenso für den Betriebsüberlassungsvertrag gelten. So auch Mestmäcker a. a. O. S. 339

abhängigkeit der Vorschriften aus der historischen Entwicklung ; nach der deutschen Rechtslehre sei eine Satzungsänderung wegen Änderung des Unternehmensgegenstandes stets sehr einschränkend behandelt worden. Es sei daher nicht anzunehmen, daß das Gesetz in § 256 eine historisch mit besonderen Kautelen ausgestattete Satzungsänderung stillschweigend zugelassen habe. Die Satzung einer Aktiengesellschaft müsse mit Rücksicht auf die Gläubiger und die zukünftigen Aktionäre immer den Gegenstand des Unternehmens eindeutig erkennen lassen.

Die wohl herrschende Meinung hält die Frage, ob eine Satzungsänderung vorliegt, für gegenstandslos (29) und durch § 256 AktG als *lex specialis* zugunsten der 3/4 Mehrheit für entschieden (30). Die Vorschrift des § 256 sei eingeführt worden, um dem Minderheitsaktionär eine gewisse Sicherheit gegen die Preisgabe des Unternehmens durch die Mehrheit zu gewähren. Damit sei aber auch die Frage entschieden worden, ob und inwieweit Verträge, durch die sich eine Gesellschaft in wirtschaftliche Abhängigkeit begeben, eines satzungsändernden Beschlusses bedürften. Diese Verträge, so führen Gadow - Weipert (31) aus, haben eine Sonderregelung gefunden und unterliegen damit nicht mehr dem Erfordernis der Satzungsänderung.

Die Frage, ob § 256 AktG als *lex specialis* anzusehen ist, wird für die in dieser Vorschrift genannten Verträge und den Organschaftsvertrag getrennt behandelt werden müssen. Nach der amtlichen Begründung sollte durch § 256 AktG für die in dieser Vorschrift genannten Verträge die Streitfrage entschieden werden, ob eine Satzungsänderung vorliegt. Damit ist § 256 aber nicht als *lex specialis* an die Stelle der §§ 145 ff AktG getreten, sondern hat als *Mindeste r f o r d e r n i s* bei den genannten Verträgen die 3/4 Mehrheit statuiert. Stellen sie darüberhinaus eine Satzungsänderung dar, so fallen sie unter die Publizitätserfordernisse. Hätte der Gesetzgeber diese wesentlichen Grundsätze des Aktienrechts aufgeben wollen, so hätte er dies deutlich zu erkennen gegeben.

Der Organschaftsvertrag ist in § 256 AktG nicht geregelt. Zwar kann die Organschaft eine Gewinnüberleitung von mehr als 3/4 des Gewinns enthalten und eine Betriebsführung für die herrschende Gesellschaft darstellen, die mit ihr verbundene Eingliederung zu einer finanziellen, wirtschaftlichen und betrieblichen Einheit geht aber weit darüber hinaus (32). Damit kann § 256 AktG auch nicht entsprechend auf den Organschaftsvertrag angewendet werden. Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber in

(29) Gadow-Weipert § 256 Anm. 1, Friedländer Konzernrecht S. 104

(30) Schlegelberger-Quassowski § 256 Anm. 13, 17, Teichmann-Köhler § 256 Anm. 1, 3, von Godin-Wilhelmi § 256 Anm. 1 I; Flume B 1956 S. 455, Würdinger B 1957 S. 961 und Möhring DRiZ 1957 S. 203 bejahen die Satzungsänderung, lehnen aber die Notwendigkeit einer Eintragung ab.

(31) Großkommentar § 256 Anm. 1

(32) so mit Recht Rasch, Konzernrecht S. 66 und Duden BB 1957 S. 49

Kenntnis der Organschaft diese in § 256 AktG nicht aufgenommen hat, ergibt sich aber auch, daß die Vorschriften über die Satzungsänderung nicht ausgeschlossen sind. Alle Verträge, die eine Änderung des Unternehmensgegenstandes zum Inhalt haben, unterstehen den Publizitätserfordernissen. Da bei dem Organschaftsvertrag diese Voraussetzung unstreitig war, bedurfte es insoweit des § 256 AktG nicht. Organschafts- und Betriebsüberlassungsvertrag - soweit eine Rentnergesellschaft entsteht - bedürfen daher neben dem Hauptversammlungsbeschluß mit 3/4 Mehrheit der Ankündigung und der Eintragung in das Handelsregister.

§ 5 Darf der Mehrheitsaktionär bei der Abstimmung über den Konzernvertrag mitstimmen ?

Bei der Abstimmung über den Abschluß eines Konzernvertrages befindet sich die Mehrheit der Aktionäre in einem Interessenkonflikt, denn sie muß auf der einen Seite die Interessen der eigenen Gesellschaft vertreten, auf der anderen Seite aber auch die Interessen des Konzerns berücksichtigen. Ist die herrschende Gesellschaft selbst Mehrheitsaktionär, so decken sich das Interesse des Aktionärs und das des Konzerns. Wenn auch die Mehrheit nicht mit sich selbst kontrahiert, da auf beiden Seiten selbständige juristische Personen handeln, so entspricht die Situation doch dem § 181 BGB (33). Es erhebt sich daher die Frage, ob die Mehrheit wegen Interessenkollision von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen ist.

Gesetzliche Grundlage einer solchen formellen Stimmrechtsbeschränkung könnte § 146 Abs. 2 AktG sein. Nach dieser Vorschrift darf das Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien nur dann geändert werden, wenn die benachteiligten Aktionäre nach Aktiengattungen getrennt zugestimmt haben. Besondere Aktiengattung sind gemäß § 11 AktG solche Aktien, die für die Verteilung des Gewinns und des Gesellschaftsvermögens besondere Vorteile gewähren, also Vorzugsaktien. Die Rechtsstellung von Mehrheitsaktionär und konzernfreiem Aktionär ist unmittelbar nicht unter § 146 AktG zu fassen, da eine besondere Aktiengattung nicht gegeben ist. Man könnte aber an eine entsprechende Anwendung denken, da auch hier der Mehrheitsaktionär über die Gewinnüberleitung einen besonderen Vorteil erhält.

Der Begriff der besonderen Aktiengattung ist ein technischer Begriff, er ist nur dann gegeben, wenn aus der Aktie selbst ein unterschiedlicher Anteil am Ertrag ersichtlich ist. Das Bestehen von Interessengegensätzen zwischen verschiedenen Aktionären begründet noch nicht das Vorliegen verschiedener Aktiengattungen, da es an

(33) So wendet RGZ 68, 179 und 85, 383 den § 181 BGB entsprechend auf den Fall an, in dem eine Ein-Mann-Gesellschaft mit ihrem Aktionär einen Vertrag schloß. (materielle Identität)

einer rechtsähnlichen Situation fehlt. Für § 146 Abs. 2 AktG ist nicht entscheidend, daß Aktionäre einen verschiedenartigen Anteil am Gewinn der Gesellschaft haben, sondern daß diese Verschiedenheit auf besonderen Aktiengattungen beruht. Daher kann ein Stimmrechtsverbot der Mehrheit nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 146 AktG gerechtfertigt werden.

Das Stimmrecht kann aber aus den allgemeinen Grundsätzen über die Stimmrechtsbeschränkung wegen Interessenkollision ausgeschlossen sein. Dies lenkt den Blick auf die allgemeinen Grundlagen der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht. Die Mehrheitsherrschaft wird aus der Unterwerfung des Aktionärs unter die Entscheidungen des Verbandes (34) oder aus der Interessengleichheit der Mitglieder begründet (35). Die Rechtfertigung liegt daher entweder in dem stillschweigenden Willen des Aktionärs, sich den Entscheidungen des Verbandes zu unterwerfen, oder in der Tatsache, daß alle Mitglieder des Vereins das gleiche Ziel haben, da der Vorteil des Verbandes zugleich der Vorteil der Mitglieder ist. Diese Abstimmungsrichtung, so sagt Müller-Erbach, rechtfertigt die Mehrheitsherrschaft. Wenn die Meinung über das Vorteilhafte auseinandergeht, da müsse, um den Verein bewegungsfähig zu erhalten, die Meinung der Mehrheit den Vorzug bekommen.

Die Theorie vom Unterwerfungsvertrag geht von der Fiktion einer stillschweigenden Willenserklärung aus. Diese lebensfremde Unterstellung allein führt aber nicht zur Ablehnung dieser Auffassung; der gewichtigste Gegengrund liegt vielmehr darin, daß sich aus der Lehre vom Unterwerfungsvertrag keine Hinweise auf Inhalt und Begrenzung der Mehrheitsherrschaft entnehmen lassen. Anders die Lehre von der Interessengemeinschaft der Mitglieder: Wenn die Grundlage und der Umfang der Mehrheitsherrschaft durch die gemeinsame Interessenlage bestimmt werden, so ist die Grenze der Mehrheitsherrschaft das verbandsfremde Sonderinteresse. In konsequenter Durchführung dieses Grundsatzes kommt Duden (36) daher zu dem Ergebnis, das in allen Fällen des Interessenkonflikts das Stimmrecht der vom Konflikt betroffenen Aktionäre ausgeschlossen ist: "Der Organschaftsvertrag kann daher nur mit einer Mehrheit der Minderheit beschlossen werden" (37).

Diese von Duden gezogene Folgerung ist indessen nicht zwingend. Richtig ist, daß die Mehrheitsherrschaft an dem verbandsfremden Sonderinteresse, also am Konzerninteresse, ihre Grenze findet.

(34) RGZ 3, 132; 124, 190; Würdinger, Gesellschaften a. a. O. S. 6

(35) Müller-Erbach, Recht der Mitgliedschaft a. a. O. S. 40, 41

(36) BB 1957, S. 49

(37) Diese für den Organschaftsvertrag entwickelte Auffassung muß auch für alle anderen Fälle von Konzernverträgen gelten, in denen eine Mehrheit in Erscheinung tritt.

Der Mehrheitsaktionär darf nicht ohne weiteres das Konzerninteresse vor das der eigenen Gesellschaft stellen. Die Art der Ausgestaltung der Mehrheitsherrschaft ist aber in erster Linie Sache des Gesetzgebers, der die Beschränkung im Wege der von Duden vertretenen formellen Stimmrechtsbeschränkung oder der materiellen Schranke der Ausübung des Stimmrechts vornehmen kann. Im geltenden Recht ist diese Frage eindeutig zu Gunsten der materiellen Beschränkung des Stimmrechts entschieden. Während § 252 Abs. 3 Satz 2 HGB zwar kein generelles Stimmrechtsverbot bei Interessenkonflikten enthielt, zu mindest aber doch den wichtigsten Fall der Vornahme eines Geschäftes mit der Gesellschaft erfaßte, ist diese formelle Beschränkung durch § 114 Abs. 5 AktG herausgenommen worden. Anlaß zu dieser Gesetzesänderung war die Entwicklung der Rechtsprechung, die durch enge wörtliche Auslegung des Begriffes "Vornahme eines Rechtsgeschäftes" unter dem Stimmrechtsverbot nur die Vornahme des Geschäftes selbst faßte, das Abstimmen aber dann ermöglichte, wenn dem Vorstand die Ermächtigung zum Abschluß des Geschäftes erteilt werden sollte (38).

Diese Rechtslage sollte auch de lege ferenda nicht geändert werden. Würde man bei allen Geschäften, bei denen Aktionäre auf beiden Seiten vertreten sind, diese vom Stimmrecht ausschließen, so hätte dies zur Folge, daß die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft auf der schmalen Basis eines Minderheitenbeschlusses ruhen würden. Dies würde aber dem Grundsatz widersprechen, daß bei allen wesentlichen Entscheidungen eine möglichst breite Mehrheit die Entscheidung tragen soll. Der Gegensatz zwischen finanziellem Interesse und Entscheidungsbefugnis verbietet eine Lösung der Probleme im Wege der formellen Stimmrechtsbeschränkung ebenso wie die Überlegung, daß dieser Weg nur zu einer Verlagerung, nicht aber zu einer Lösung der Probleme führt. Auch bei der Mehrheit der Minderheit entsteht wieder eine Mehrheitsentscheidung, die dann in konsequenter Durchführung wieder der formellen Stimmrechtsbeschränkung unterliegen müßte. Es ist daher unmöglich, die Minderheit durch ein Verbot der Stimmrechtsausübung zu schützen (39).

Diese Feststellung bedeutet nicht, daß die Mehrheit einseitig ihre Interessen bei der Abstimmung verfolgen darf. § 114 Abs. 5 AktG hat die Grenzen der Mehrheitsherrschaft nicht aufgehoben, sondern umgestaltet. Nicht die Stimmabgabe als solche ist verboten, sie kann aber dem materiellen Inhalt nach überprüft werden und den Hauptversammlungsbeschluß wegen Verstoßes gegen diese Grundsätze in seiner Wirksamkeit beeinflussen.

(38) RGZ 68, 241; 104, 131; 108, 326; 122, 162; vgl. Bondi DJZ 1908 Spalte 1007

(39) Würdinger B 1957 S. 963, Möhring DRiZ 1957 S. 206, Ballerstedt B 1957 S. 837, Mestmäcker a. a. O. S. 339

Der Konzernvertrag bedarf daher gemäß § 256 AktG einer 3/4 Mehrheit sowie gemäß §§ 145 ff AktG der Bekanntmachung und der Eintragung in das Handelsregister. Bei der Abstimmung über den Vertrag darf der Mehrheitsaktionär mitstimmen, sein Stimmrecht unterliegt aber materiellen Beschränkungen, sie sich über die im folgenden zu behandelnde Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses auswirken können.

II. Die Nichtigkeit von Konzernverträgen

Konzernverträge unterliegen der Zustimmung der Hauptversammlung. Die Gültigkeit dieser Verträge hängt daher von der Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses ab.

§ 6 Ist der Konzernvertrag nichtig, weil er mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht vereinbar ist ?

Ein Hauptversammlungsbeschluß ist gemäß § 195 Ziffer 3 AktG nichtig, wenn er mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn er gegen die Grundlagen des Aktienrechts, gegen die elementaren Funktionsprinzipien verstößt. Hinsichtlich der Konzerneingliederung liegt das Problem darin, inwieweit das Verhältnis der abhängigen zur herrschenden juristischen Person dem Prinzip der selbständigen und unabhängigen Aktiengesellschaft zuwiderläuft. Die Problematik trifft weniger den Betriesüberlassungsvertrag und die Interessengemeinschaft. Hier geht, wenn auch im Einzelfall eine Weisungsabhängigkeit geschaffen werden kann, diese in der Regel nicht so weit, daß Zweifel an der für das Wesen der Gesellschaft notwendigen Selbständigkeit entstehen. Anders bei der Organgesellschaft, bei der das Unterscheidungsmerkmal gerade in der völligen Eingliederung in die Obergesellschaft liegt. Die mit § 195 Zif. 3 AktG verbundene Frage geht daher dahin, wie weit der beherrschende Einfluß einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft gehen kann, ohne daß diese Beziehung mit dem Erfordernis der Selbständigkeit unvereinbar wird.

Es ist allgemein anerkannt, daß dem Gesetzgeber von 1896 bei Schaffung der die Aktiengesellschaft betreffenden Vorschriften vom Typ der wirtschaftlich selbständigen und unabhängigen Aktiengesellschaft ausgegangen ist. Vorbild des Gesetzgebers war die kleine und mittlere Aktiengesellschaft mit gestreutem Aktienbesitz. Dementsprechend hat er als Funktionsprinzip die Mehrheitsherrschaft gewählt, wobei er von der selbstverständlichen Voraussetzung ausgegangen ist, daß die Mehrheit die Geschicke der Aktiengesellschaft nur im Interesse der Gesellschaft lenken wird, da nur durch eine solche Ausrichtung ein möglichst hoher Gewinn, das Ziel der Kapitalanlage, erreicht werden kann (40).

(40) Filbinger a. a. O. S. 26

Der gesamte Funktionsaufbau der gesellschaftlichen Organe sowie das Verhältnis der Gesellschaft zu Aktionären und Dritten ist darauf abgestellt, daß die Organe die Gesellschaft unter eigener Verantwortlichkeit leiten (§ 70 AktG), daß die Aktiengesellschaft also wirtschaftlich unabhängig ist.

Die rechtliche Bedeutung des Erfordernisses der Selbständigkeit zeigt sich an den bekannten Entscheidungen des Reichsgerichts im Rumänischen Eisenbahnfall (41) und im Deutsch-Amerikanischen Petroleumfall (42). In beiden Fällen erklärte das Reichsgericht Verträge, die eine Abhängigkeit begründeten, aus verschiedenen Gründen für nichtig. Während im ersten Fall die Begründung darauf gestützt wurde, daß "die zur Wesenheit einer Aktiengesellschaft gehörende Organisation aufgehoben sei", wurde im zweiten Fall, in dem die notwendige Organisation nicht verletzt war, § 138 BGB zum Ausgangspunkt der Begründung genommen. Der Vertrag wurde als Knebelungsvertrag angesehen und für nichtig gehalten, weil "eine so vollständige Unterwerfung unter den Willen des Vertragsgegners den in Deutschland herrschenden Sittenanschauungen widerspreche". Selbständigkeit bedeutet daher, daß die Aktiengesellschaft als notwendige Voraussetzung eine dem Gesetz entsprechende innere Organisation haben muß und daß die Aufgabe der Willensfreiheit eine gewisse Grenze nicht überschreiten darf. Der Begriff der Selbständigkeit der Aktiengesellschaft ist daher durch die notwendige Organisation und die Willensfreiheit charakterisiert, und es fragt sich, wie diese Begriffe durch die Eingliederung verändert werden.

Durch die Eingliederung in einen Konzern wird der Funktionsaufbau der Aktiengesellschaft empfindlich gestört. Die Organe sind formell Organe der abhängigen Gesellschaft, sie werden aber von der Obergesellschaft gebildet und beeinflusst. Entgegen § 70 AktG leitet der Vorstand die Gesellschaft nicht in eigener Verantwortung, sondern nach den Weisungen der Konzernspitze. Zwischen Abhängigkeit und eigenverantwortlicher Leistung besteht ein unüberbrückbarer Gegensatz. Die entgegenstehende Auffassung von Fischer (43), nach der die Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes durch die Abhängigkeit nicht ausgeschlossen werden könne, weil es an einer korrespondierenden Haftung der Obergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Untergesellschaft fehle, verwechselt Ursache und Wirkung. Die Tatsache der fehlenden Haftung beweist nicht, daß dem Vorstand im Abhängigkeitsverhältnis eine Eigenverantwortlichkeit zusteht, sondern zeigt nur, daß der Aufbau des Aktienrechts nur für die selbständige, nicht aber für die abhängige Gesellschaft zugeschnitten ist. Über diese Beschränkung der Willensfreiheit hinaus kann der Eingriff in die wirtschaftliche Selbständigkeit noch radikaler dadurch erfolgen, daß gesellschaftliche Organe nicht nur beeinflusst, sondern aufgehoben werden. Einen solchen, allerdings seltenen Fall ent-

(41) RGZ 3, 123

(42) RGZ 82, 308

(43) GroßKommentar 1957 Bd. 1 S. 90

hält der Rumänische Eisenbahnfall. Hier hatte die Gesellschaft im Rahmen eines Betriebsüberlassungsvertrages die Leitung an eine von der rumänischen Regierung zu stellende und ausschließlich deren Weisung unterstehende Direktion übertragen, also den Vorstand durch ein dem Aktienrecht fremdes Organ ersetzt.

Auch die übrigen Organe werden durch die Begründung der Abhängigkeit ihrer ursprünglichen Funktion entkleidet. Der Aufsichtsrat wird in der Praxis mit Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten der Obergesellschaft besetzt; die Entscheidung über die Besetzung des Aufsichtsrats wird in der Obergesellschaft gefällt, die Bestellung des Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung ist eine Formsache. Das Weisungsverbot wird in der Praxis ständig umgangen. Die Hauptversammlung vertritt nicht mehr die Interessen der eigenen Gesellschaft sondern die des Konzerns.

Wird somit durch die Konzerneingliederung regelmäßig die Willensfreiheit und in Ausnahmefällen die aktienrechtliche Organisation aufgehoben, so fragt es sich, welche Rechtsfolgen hieraus herzuleiten sind.

Das Reichsgericht hat in beiden Fällen Nichtigkeit angenommen. eine Folgerung, die im Schrifttum allgemein abgelehnt worden ist. Hierbei ist allerdings, worauf Mestmäcker zutreffend hinweist (44), die unterschiedliche Begründung aus der notwendigen Organisation und aus § 138 BGB nicht genügend beachtet worden. Die Einwendungen der Gegner der reichsgerichtlichen Rechtsprechung richten sich durchweg gegen die Folgerung des § 138 BGB und gegen das im Rumänischen Eisenbahnfall nur hilfsweise herangezogene Argument des Verbots der Selbstentmündigung. Wenn durch einen Konzernvertrag Organe der Aktiengesellschaft beseitigt werden, so kann die Rechtsfolge nur Nichtigkeit sein.

Die Einwendungen gegen die Nichtigkeit von Konzernverträgen wegen fehlender Selbständigkeit der eingegliederten Gesellschaft haben alle den gleichen Ausgangspunkt: man will eine Anwendung des § 138 BGB auf den Konzernvertrag verhindern oder doch die Anwendbarkeit des Begriffs der guten Sitten auf bestimmte Tatsachen begrenzen. So wird eingewendet, der Organschaftsvertrag sei als typischer Fall der Entäußerung des Willens durch die Steuergesetzgebung anerkannt (45), die Grundsätze der Willensfreiheit und Sittenwidrigkeit seien nur auf natürliche Personen anwendbar (46), der Begriff der Sittenwidrigkeit sei allgemein auf juristische Personen unanwendbar (47) und die Grenzen der Abhängigkeit bestimmten sich nach einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der juristischen Person (48). Der eigentliche Kern

(44) Mestmäcker a. a. O. S. 119, 120

(45) Haussmann Grundlegung S. 149 und 150, Tochtergesellschaft S. 30 ff; Meise a. a. O. S. 83; Rasch Konzernrecht S. 99

(46) Hamburger a. a. O. S. 289; Bauer, Truste S. 175

(47) Frowein a. a. O. S. 5 ff

(48) Maurer, Persönlichkeitsrecht a. a. O. S. 195

dieser rechtlichen Begründung liegt in der Frage, ob sich aus dem Wesen der juristischen Person Deduktionen für den zulässigen Grad der Abhängigkeit ableiten lassen. Diese Frage ist nach heute herrschender Meinung zu verneinen da sich aus dem Begriff der juristischen Person eine Lösung der durch die Konzerneingliederung entstehenden Probleme nicht finden läßt (49). Ob der Konzernvertrag nichtig ist, hängt daher davon ab, ob die undifferenzierte Folge der Nichtigkeit sich aus dem Aktiengesetz ergibt und ob sie mit der Wirtschaftsordnung zu vereinbaren ist. eine Überlegung, die den Hintergrund aller oben genannten Lösungsversuche bildet.

Das Aktiengesetz ging ursprünglich von der selbständigen Gesellschaft aus. Diese Voraussetzung ist durch die wirtschaftlichen Verhältnisse überholt worden. Schon 1923 führt Haussmann (50) aus, daß die modernen Methoden der Finanzierung und Verflechtung juristischer Gebilde untereinander eine tatsächliche Bedeutung und Mannigfaltigkeit erreicht hätten, welche gewohnheitsrechtlich den Gesichtspunkt einer gegen die guten Sitten verstoßenden Bindung gegenüber demjenigen der Vertragsfreiheit stark in den Hintergrund treten ließen. Auch der Gesetzgeber hat diesen wirtschaftlichen Strukturwandel berücksichtigt. Die Aktienrechtsnovelle von 1931 nahm die Begriffe Konzern und abhängige Gesellschaft auf und brachte Einzelregelungen (§§ 246, 260 a, 261 a I a, 261 IV, 240 a HGB), ohne allerdings die Begriffe zu definieren. Das Aktiengesetz definierte dann in § 15 AktG die noch heute gültigen Begriffe des Konzerns und der abhängigen Gesellschaft,

Diese gesetzgeberischen Akte zeigen, daß bei Neuschaffung des Aktienrechts der Begriff der abhängigen juristischen Person (51) und deren Probleme bekannt waren. Der Gesetzgeber hat zwar das Grundprinzip der wirtschaftlich selbständigen Aktiengesellschaft beibehalten, er hat aber für die dringenden Probleme der abhängigen Gesellschaft besondere Regelungen getroffen. Diese Regelungen sind, wie sich aus den Motiven ergibt (52), unvollständig und von der Erkenntnis getragen gewesen, daß sie keine grundsätzliche Lösung darstellen sollen (53). Daher kann aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber gleichzeitig die abhängige Gesellschaft anerkennt und die Eigenverantwortlichkeit und Selbständigkeit aufrechterhalten hat, nur der Schluß gezogen werden, daß Konzernverträge mit dem Wesen der Aktiengesellschaft vereinbar und damit nicht nichtig sind. Dies folgt aus der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, bei denen es sich nach Geiler (54) um Auswirkun-

(49) Müller-Freienfels ACP 156 S. 522, 525 mit weiterer Literatur

(50) Tochtergesellschaft S. 33

(51) vgl. hierzu besonders die grundlegenden Ausführungen von Kronstein in der gleichnamigen Schrift aus dem Jahr 1930

(52) ZAKDR 1935 S. 256. Vgl. auch Kisskalt in ZAKDR 1935 S. 139

(53) so auch die Untersuchungen des DJT 1955 a. a. O. S. 49 ff sowie Schilling JZ 1957 S. 529

(54) Enquete - Bericht S. 80

gen des Spätkapitalismus und damit um Erscheinungen handelt, die im Zug der Zeit liegen und die sich nicht verbieten lassen; die Aufgabe kann in diesem Fall nur darin bestehen, Mißbräuche und Auswüchse zu verhindern. Es ergibt sich weiter aus der Rechtsprechung zur Ein-Mann-Gesellschaft (55) und den Novellen von 1931 und 1937, die das Prinzip der selbständigen Gesellschaft so durchlöchern haben, daß die abhängige juristische Person als vom Gesetz anerkannt anzusehen ist (56). Der Konzernvertrag ist daher nicht wegen § 195 Ziffer 3 AktG nichtig.

§ 7 Die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die Vorschriften zur Verhinderung der verdeckten Gewinnausschüttung.

I. Die Besonderheit der Konzernverträge liegt in der Begründung der Weisungsgebundenheit und der Überleitung des Gewinns in die herrschende Gesellschaft. Während sich hinsichtlich der Weisungsgebundenheit das Problem der Nichtigkeit in Verbindung mit der Selbständigkeit der Aktiengesellschaft stellt, liegt bei der Gewinnabführung die Problematik in der Verletzung der Grundsätze der Vermögensbindung.

Das Prinzip der Vermögensbindung besagt, daß in jedem Fall eine dem Aktienkapital entsprechende Vermögensmasse vorhanden sein muß. Dieses für die Erhaltung des Grundkapitals notwendige Prinzip dient vor allem dem Interesse der Gläubiger. Es ist kein spezifisches Schutzmittel des Aktionärs, muß aber doch - wenigstens mittelbar - zu den negativen Sicherungsmöglichkeiten gerechnet werden, da einerseits das Anteilsrecht des freien Aktionärs durch eine Veränderung des Gesellschaftsvermögens betroffen wird und andererseits die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Konzernvertrages eine gewisse Sicherung seiner Rechtsstellung bedeutet (57). Das geltende Aktienrecht schützt das Gesellschaftsvermögen nicht durch die Bindung der einzelnen Vermögensgegenstände, sondern durch die Sicherung des wertmäßigen Bestandes des Gesellschaftsvermögens. Dieser Bestand kann bei der eingegliederten Gesellschaft dadurch beeinträchtigt werden, daß die herrschende Gesellschaft die **V e r m ö g e n s s u b - s t a n z** der eingegliederten Gesellschaft verbraucht - d.h. beispielsweise die Produktionseinrichtungen verfallen läßt, die geschäftlichen Beziehungen und Absatzgelegenheiten zerstört - und daß sie den **G e w i n n** auf sich überleitet. Durch beide Beeinträchtigungen wird die Rechtsstellung des freien Aktionärs getroffen, da sein

(55) Die Zulässigkeit der Einmannsgesellschaft ist gewohnheitsrechtlich anerkannt; RGZ 129, 53 in stdg Rspr, BGHZ 21, 383 und 22, 229

(56) Ballerstedt B 1957, 837

(57) Zu dem Verhältnis von Gläubiger- und Aktionärinteresse bemerkt Mestmäcker S. 237 zutreffend: "Die Schutzvorschriften der Minderheitsaktionäre kommen dem Gläubiger und umgekehrt die des Gläubigers dem Aktionär zu Gute."

Anteil sowohl eine Beteiligung am Gesamtwert des Unternehmens als auch an dem Ertrag darstellt. In diesem Zusammenhang wird allerdings die Frage der Gewinnüberleitung mehr interessieren, da der Substanzverlust nur über den Kursverlust und den Liquidationserlös in Erscheinung tritt, während die Gewinnüberleitung unmittelbar in die vermögensrechtliche Sphäre des freien Gesellschafters eingreift (58). Der Aktionär hat nach dem geltenden Recht einen Anspruch auf den Reingewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt. Eine darüber hinaus gehende Gewinnverteilung verstößt gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (§§ 52, 54 AktG). Diese Vorschriften verbieten eine Rückgewähr von Einlagen an die Aktionäre. Rückgewähr der Einlage ist jede Zahlung oder sonstige Leistung an einen Aktionär, die nicht Verteilung eines ordnungsgemäß ausgewiesenen Reingewinns ist. Ein Drittes außer Dividendenausschüttung oder Rückgewähr gibt es nicht (59). Die rechtliche Einkleidung dieser Zuwendung ist gleichgültig, es kommt lediglich auf die tatsächliche Leistung an (60).

Da die Vorschriften über die verdeckte Gewinnausschüttung jede Form der Zuwendung an Aktionäre betreffen, gilt die Problematik für alle Formen konzernrechtlicher Verträge. Bei dem Organschaftsvertrag und dem Gewinnabführungsvertrag liegt dies auf der Hand. Hier wird ausdrücklich der Gewinn, der sonst verteilt werden müßte, auf die andere Gesellschaft übertragen. Aber auch bei dem Betriebsüberlassungsvertrag und der Interessengemeinschaft in Form der Betriebs- und Verwaltungsgemeinschaft liegt in den Fällen, in denen Entgelt und Wert der überlassenen Einrichtungen in einem Mißverhältnis stehen und in denen Gefahren für den konzernfreien Aktionär entstehen, eine Zuwendung vor, die nach §§ 52, 54 AktG als verbotene Gewinnausschüttung gewertet werden kann.

II. Im allgemeinen werden die §§ 52, 54 AktG als Schutznormen zugunsten der Gläubiger angesehen. Hieraus folgt die herrschende Meinung, daß *E i n z e l - v e r t r ä g e*, die bestimmte Zuwendungen an Aktionäre über die Dividenden hinaus enthalten, gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und nach § 134 BGB nicht

(58) Bei der Erhaltung der Vermögenssubstanz liegt das Problem in der Begründung einer Rechtspflicht zu Substanzerhaltung. Diese kann einmal aus einem Treuhandverhältnis, zum andern aber aus einem durch die Eingliederung begründeten nießbrauchähnlichen Verhältnis hergeleitet werden, das die herrschende Gesellschaft lediglich zur Nutzung und nicht zum Verbrauch des Vermögens berechtigt.

(59) RGZ 107, 161; Fischer Großkomm. 1957 § 2 Anm. 3. A. M. sind Breit (ZHR 76, 449) und Wieland (a. a. O. S. 25, 26); beide nehmen Rückgewähr von Einlagen nur dann an, wenn die Zahlung bilanzmäßig aus dem Geschäftskapital erfolgt.

(60) RGZ 146, 93; 149, 400.

tig sind (61).

Diese Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit von Zuwendungsverträgen an Aktionäre ist von Ballerstedt bestritten worden (62). Er hält die strenge Folge der Nichtigkeit nicht in allen Fällen für geboten, da einmal die Abwicklung derartiger Verträge nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung in der Praxis schwer möglich sei und weil man vor allem innerhalb eines Konzernverhältnisses zu unlöslichen Schwierigkeiten komme, wenn man von der starren Nichtigkeitsfolge ausgehe. Ballerstedt schlägt deshalb vor, die Rechtsfolgen der verdeckten Gewinnausschüttung nach den mit den §§ 52, 54 AktG verfolgten Zwecken zu differenzieren. Dem Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung lägen verschiedene Motive zu Grunde: 1) der Gläubigerschutz und die Erhaltung des Stammkapitals, 2) die Gleichbehandlung der Aktionäre, 3) die Wahrung der Funktionsverteilung zwischen den Organen der Aktiengesellschaft im Hinblick auf die Gewinnverteilung und 4) der Ausweis des Reingewinns in der Bilanz. Von diesen vier Schutzzwecken führe nur der Verstoß gegen die Gläubigerinteressen zu einer absoluten Nichtigkeit; eine solche Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens sei auch bei einer verdeckten Gewinnausschüttung dann nicht anzunehmen, wenn die Ausschüttung unter der aufschiebenden Bedingung des Ausweises eines entsprechenden Reingewinns in der Bilanz vorgenommen werde. Werde einer der anderen Schutzzwecke, also vor allem der Gleichbehandlungssatz, verletzt, so könne als Rechtsfolge nur Anfechtbarkeit gegeben sein, da es sich hier um verzichtbare Rechte des Aktionärs handle.

Die Auffassung von Ballerstedt ist im Schrifttum auf Widerspruch gestoßen. Die Einwendungen richten sich vor allem gegen die Auswirkungen dieser Lehre auf die Rechtsstellung des Minderheitsaktionärs. Fischer (63) spricht von einer "bedenklichen Abweichung der Schutzvorschriften der §§ 52, 54 AktG" und Mestmäcker (64) versucht durch eine umfassende Kritik die Auffassung von Ballerstedt zu widerlegen. Die zur Begründung der Differenzierung herangezogene Parallele zu den Sonderrechten sei unrichtig, da die Sonderrechte nur den Schutz der einzelnen Aktionäre, die §§ 52, 54 AktG aber dem Interesse der Aktionäre in ihrer Gesamtheit dienen. Auch der Hinweis auf die Möglichkeit von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen besage nichts, da ein Hauptversammlungsbeschluß immer nur nichtig oder anfechtbar, nicht aber zur gleichen Zeit nichtig und anfechtbar sein könne. Das deutsche Aktienrecht verwirkliche den Schutz der Minderheitsaktionäre vorwiegend durch zwingende Vermögensbindung; deshalb bedeute der Entzug der scharfen

(61) RGZ 57, 95; 107, 161; RG HRR 1937 Nr. 13 in stdg Rspr.; Schlegelberger § 52 Anm. 3, 5; Fischer Großkomm § 52 Anm. 3, 7c; Baumbach § 52 Anm. 2 b und § 56 Anm. 5

(62) Kapital a. a. O. S. 128 ff; Betrieb 1956 S. 837

(63) Großkommentar § 52 Anm. 15

(64) a. a. O. S. 234 - 237

und automatischen Wirkung der §§ 52, 54 AktG einen gesetzlich nicht zu rechtfertigenden Verlust an Rechtsschutz für die Minderheitsaktionäre. Die Möglichkeit des einzelnen Aktionärs, einer verdeckten Gewinnausschüttung zuzustimmen, ergebe gleichzeitig die Möglichkeit, sich schuldrechtlich zu einer Zustimmung zu verpflichten. Damit erhielten aber schuldrechtliche Verträge eine unmittelbar gesellschaftsrechtliche Wirkung und die Mehrheit könne sich auf diese Weise davor sichern, daß Anfechtungs- und Schadensersatzklagen geltend gemacht würden.

Der Einwand gegen die Parallele zu den Sonderrechten und zu den Hauptversammlungsbeschlüssen, der sich gegen die Möglichkeit einer Differenzierung in den Rechtsfolgen schlechthin richtet, vermag nicht zu überzeugen. Die Verletzung eines Rechtes kann verschiedene Folgen haben, wenn die Art des Eingriffes verschieden stark ist. Ein Hauptversammlungsbeschluß kann nichtig oder anfechtbar sein, je nach dem, in welche Rechte er eingreift. Ebenso kann eine verdeckte Gewinnausschüttung nichtig sein, wenn sie zu einer Verminderung des wertmäßigen Bestandes des Gesellschaftsvermögens führt und dadurch die Interessen der Gläubiger und der Öffentlichkeit beeinträchtigt. Die verdeckte Gewinnausschüttung kann aber auch nur die schwächere Rechtsfolge der Anfechtbarkeit auslösen, wenn der Bestand des Gesellschaftsvermögens nicht berührt wird und nur das Recht der Aktionäre auf gleichmäßige Behandlung oder einer der anderen unter 2) bis 4) genannten Schutzzwecke tangiert wird. Die Behauptung, der Gewinnabführungsvertrag sei nichtig und anfechtbar zugleich, ist von Ballerstedt nicht erhoben worden. Beide Möglichkeiten sind gegeben, welche aber anzuwenden ist, richtet sich nach der Intensität des Eingriffes. Die Einwendungen Mestmäckers betreffen indessen auch weniger die Möglichkeit einer Differenzierung schlechthin als vielmehr das Problem, ob die §§ 52, 54 AktG die Rechtsstellung des Aktionärs in gleicher Weise wie die des Gläubigers schützen, so daß die Verletzung beider zu den gleichen Rechtsfolgen führe. Die Feststellung, das geltende Recht schütze den Minderheitsaktionär vorwiegend durch die Vermögensbindung, ist zutreffend, sie besagt aber zu dieser Frage nichts, da die Vermögensbindung nicht nur im Wege der Nichtigkeit, sondern auch im Wege der Anfechtbarkeit erfolgt. Die Nichtigkeit ist nach der Systematik des Aktienrechts das Schutzmittel des Gläubigers: werden seine Rechte oder die der Öffentlichkeit dadurch berührt, daß die verdeckte Gewinnausschüttung in den Bestand des Gesellschaftsvermögens eingreift, so ist der Hauptversammlungsbeschluß nichtig. Wird durch die verdeckte Gewinnausschüttung aber lediglich der Gleichbehandlungssatz verletzt oder werden die Vorschriften über die Zuständigkeit für die Gewinnverteilung aufgehoben, so führt dieser Verstoß nur zur Anfechtbarkeit. Dieses Ergebnis führt auch nicht zu einem gesetzlich nicht zu rechtfertigenden Verlust des Rechtsschutzes für Minderheitsaktionäre, weil nach herrschender Meinung eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses führt (65). Der Schutz des Minderheitsaktionärs ist nicht (65) Ob diese Auffassung über die Auslegung des Gleichbehandlungssatzes richtig ist, wird später geprüft werden.

zwingend vorgeschrieben, der Aktionär kann auf seine Schutzrechte aus dem Gleichbehandlungssatz verzichten. Die Beeinträchtigung von verzichtbaren Rechten führt aber nicht zu einer absoluten Nichtigkeit, sondern zur Anfechtbarkeit. Auch das Argument, der Aktionär könne durch eine schuldrechtliche Verpflichtung auf Zustimmung zur Gewinnausschüttung um seine Schutzrechte gebracht werden, ist nicht zutreffend, da ein solcher Verzicht freiwillig erfolgt und Wirkung nur für und gegen den verzichtenden Aktionär hat.

Die Frage, ob die §§ 52, 54 AktG auch die Aktionärsinteressen durch die Rechtsfolge der Nichtigkeit schützen, ist daher zu verneinen. Verträge, durch die *Einzelnzwendungen* an Aktionäre gegeben werden, sind somit nichtig, wenn Gläubigerinteressen und das Stammkapital - also die Öffentlichkeit - tangiert werden, sie sind aber nur anfechtbar, wenn der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre oder einer der anderen Schutzzwecke verletzt ist.

III. Bei Einzelverträgen ist die Rechtslage insoweit eindeutig, als durch Art und Umfang der Zuwendung Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden. Für die Gewinnüberleitung im Rahmen *konzernmäßiger* Verhältnisse ist dagegen die Rechtslage sehr bestritten, da ein Teil der Lehre, der Einzelverträge immer für nichtig hält, Vereinbarungen als gültig ansieht, mit denen ein Aktionär die gesamte Wirtschaftskraft eines Unternehmens in Anspruch nimmt. Der Unterschied zwischen den oben behandelten Einzelverträgen und den Konzernverträgen liegt darin, daß im ersten Fall eine einzelne Zuwendung an einen Aktionär, im zweiten Fall die Überleitung des gesamten Gewinnes oder eines Gewinnteils Gegenstand des Vertrages ist. Die Problematik erfaßt daher hauptsächlich die Gewinnabführungsverträge und namentlich den Organisationsvertrag, ist aber nicht lediglich auf diese Fälle beschränkt, da auch bei den anderen Vertragsformen eine Gewinnüberleitung denkbar ist.

Die Wirksamkeit des Konzernvertrages ist im einzelnen aus folgenden Gesichtspunkten zu rechtfertigen versucht worden :

1) Die Unternehmenszusammenfassung kann nicht nur durch die herrschende Gesellschaft als Mehrheitsaktionär erfolgen, sie kann den Zusammenschluß auch über einen Großaktionär oder eine Tochtergesellschaft durchsetzen. In diesem Fall wird der Gewinnüberleitungsvertrag mit der herrschenden Gesellschaft als Drittem geschlossen. Da Verträge mit Dritten, auch wenn durch sie das Vermögen der Gesellschaft beeinträchtigt und die Möglichkeit einer Gewinnausschüttung beschränkt wird, grundsätzlich zulässig sind (66), könnte in diesem Fall der Konzernvertrag als Maßnahme der Geschäftsführung gerechtfertigt werden.

(66) RGZ 83, 377; RG JW 1930, 3755; Schlegelberger § 52 Anm. 12, Baumbach § 52 Anm. 4c, Ritter § 52 Anm. 4 d, Düringer-Hachenburg § 213 HGB Anm. 17

Diese Grundsätze können aber nicht auf den Konzernvertrag übertragen werden. Auch wenn die Gewinnüberleitung nicht mit dem Mehrheitsaktionär selbst, sondern mit der von ihm beherrschten Aktiengesellschaft geschlossen wird, so wird dennoch dem Großaktionär der Gewinn zugewendet, den er über die Dividende der Ober- oder Tochtergesellschaft erhält. Es handelt sich nicht um einen Vertrag mit einem Dritten, wie dies etwa bei der Ausschüttung einer Tantieme an leitende Angestellte der Fall ist, - auch durch diesen Vertrag wird ja das Geschäftsergebnis beeinflusst - sondern im Ergebnis um eine Gewinnbeteiligung eines Gesellschafters, die auf einem Umweg verwirklicht wird (67). Diese Durchbrechung der juristischen Person und der Rückgriff auf die hinter der Gesellschaft stehenden Vermögensträger ist aus § 52, 54 AktG gerechtfertigt, da durch diese Vorschriften gerade verdeckte Gewinnausschüttungen in rechtlich zulässiger Form verhindert werden sollen.

2) Die ständige Praxis hält Gewinn- und Verlust-Übernahmeverträge mit den §§ 52, 54 AktG für vereinbar; dies wird damit begründet, daß eine Gewinnzuwendung an den Aktionär nicht erfolge, da wegen der Gewinnabführungspflicht bei der Untergesellschaft ein Gewinn nicht entstehe. Die Untergesellschaft könne wegen des Vertrages keinen Gewinn erzielen, eine Zuwendung an den Hauptaktionär sei daher begrifflich ausgeschlossen.

Diese Auffassung ist insoweit richtig, als der Gewinn auch für die Zukunft grundsätzlich übertragen werden kann und dadurch in dem Augenblick, in dem er bei der Untergesellschaft entsteht, auf die Obergesellschaft übergeht. Aber selbst wenn man dahingestellt läßt, ob der Gewinn nicht wenigstens eine juristische Sekunde bei der Untergesellschaft entsteht, wodurch eine echte Gewinnüberleitung eintreten würde, so übersieht die Praxis, daß eine Überleitung des Gewinns in jeder Verkleidung verboten ist. Daß dem Hauptaktionär auf diesem Weg ein Vermögensvorteil zugewendet wird, ist eine Tatsache, die auch durch die Konstruktion einer Entstehung des Gewinnes nur bei der Obergesellschaft nicht aus der Welt geschafft wird. Es liegt daher eine Umgehung des Gesetzes und eine gegen §§ 52, 54 AktG verstoßende verdeckte Gewinnausschüttung vor.

3) Die Gültigkeit der Gewinnüberleitungsverträge wird weiterhin aus § 256 AktG gerechtfertigt. Zur Begründung wird geltend gemacht, der Gewinnabführungsvertrag sei nach dieser Vorschrift unter besonderen Voraussetzungen zugelassen. Wenn diese Zulassung einen Sinn haben solle, so müsse § 256 AktG *lex specialis* zu den §§ 52, 54 AktG sein, da sonst die Verträge, die auf Grund der einen Vorschrift gültig, nach der anderen Norm unwirksam seien. Dies müsse auch für den wichtigsten Fall der Gewinnübernahme, den Organschaftsvertrag, gelten. Zwar sei diese Vertragsform in § 256 AktG nicht erwähnt, die Vorschrift müsse aber auf die Organschaft entspre-

(67) Gadow - Weipert § 52 Anm. 18

chend angewendet werden (68).

Gegen diese Begründung ist, soweit sie den Organschaftsvertrag einbeziehen will, mit Recht eingewandt worden, daß § 256 AktG für diesen Vertrag nicht passe, da die Organschaft über die Gewinnabführung hinaus zu einem vollständigen Verlust der eignen Persönlichkeit führe (69). Aber auch für die in § 256 AktG genannten Verträge kann diese Vorschrift nicht als *lex specialis* angesehen werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte § 256 nur die Voraussetzungen dieser Verträge regeln, an eine generelle Umgestaltung der aktienrechtlichen Gewinnverteilungsordnung hat der Gesetzgeber nicht gedacht. § 256 regelt nur die Frage, ob die Verträge mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit beschlossen werden müssen. Weitergehende Folgerungen können schon deshalb nicht gezogen werden, weil der Gesetzgeber bei Einführung dieser Vorschrift die Zeit für eine allgemeine Regelung nicht für gekommen sah (70).

4) Wenn Gewinnabführungsverträge nach dem Wortlaut des Gesetzes auch nichtig sein müßten, so ist doch nicht zu übersehen, daß derartige Verträge in der Wirtschaft schon seit langem praktiziert werden. Die Unternehmenskonzentration und der in Konzernzusammenhang stehende Kapitalanteil sind so groß, daß die Rechtsordnung an dieser Tatsache nicht ohne weiteres vorbeigehen kann.

In der Rechtslehre wird die Auffassung vertreten, daß unter bestimmten Umständen ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften nicht die im Gesetz vorgesehenen Sanktionen auslösen muß. Diese Lehre von "der normativen Kraft des Faktischen" will tatsächliche Umgestaltungen und Veränderungen auch gegen den Wortlaut des Gesetzes berücksichtigen, da es nicht Aufgabe des Rechts sein könne, sich zwangsläufig entwickelnde Lebens- und Wirtschaftsvorgänge zu zerstören. Auswirkungen dieser Lehre von der normativen Kraft des Faktischen zeigen sich beispielsweise bei der Anerkennung der Einmanngesellschaft, die ebenso im Widerspruch zu den gesetzlichen Vorschriften und dem Funktionsaufbau des Aktienrechts steht wie die durch einen Gewinn- und Verlustübernahmevertrag verbundenen Gesellschaft (71). Aus diesen Gründen wird die Gültigkeit der Gewinnabführungsverträge von Rasch (72) und Flume (73) bejaht. Trotz Verstoßes gegen die §§ 52, 54 AktG müsse der Organschaftsvertrag anerkannt werden, da, so formuliert Flume, sich "die handels- und zivilrechtliche Betrachtung der Wucht der Tatsachen beugen müsse". Die Tatsache, die zur Aner-

(68) Rasch, Gutachten a. a. O. S. 12

(69) Duden Betrieb 1957 S. 49, Ballerstedt Betrieb 1956 S. 837

(70) Gadow-Weipert § 52 Anm. 18, von Godin-Wilhelmi § 52 Anm. 10, Ballerstedt Kapital S. 167, Mestmäcker S. 331, Duden BB 1957 S. 49

(71) vgl. Seite 39 FN 55

(72) Gutachten a. a. O. S. 12

(73) Betrieb 1955 S. 489

kennung zwingt, sei der Unternehmenszusammenhang. Das Recht müsse respektieren, daß trotz der Existenz der juristischen Person der Organgesellschaft das Unternehmen nur einen Teil des Gesamtunternehmens bilde.

Diese Rechtfertigung durch die normative Kraft des Faktischen ist bedenklich. Unrecht wird auch durch ständige Begehung nicht Recht, und für eine Änderung durch die Macht der Tatsachen ist insoweit nur Raum, als nicht ausdrückliche Verbote bestehen. Wenn, wie hier, in den §§ 52, 54 AktG Vorschriften bestehen, die im Interesse der Erhaltung des Aktienkapitals und der Sicherung der Gläubiger den Abschluß solcher Verträge verbieten, dann können diese ausdrücklichen Verbotsnormen nicht durch ständige Übertretung seitens der Wirtschaftspraxis aus dem Weg geräumt werden. Die Auffassung von Rasch und Flume geht offensichtlich von dem Standpunkt der herrschenden Meinung aus, daß jede irgendwie geartete Zuwendung zugleich die Rechtsfolge des § 134 BGB auslöst. Unter dieser Voraussetzung kann die Frage der normativen Kraft des Faktischen tatsächlich relevant werden, da bei dieser Auslegung zumindest ein Teil der Fälle trotz Verstoßes gegen §§ 52, 54 nicht gegen ein absolutes Verbot verstößt. Beide Auffassungen kommen auf diesem Weg zu dem gleichen Ergebnis: Nach der einen Ansicht bildet die Auslegung der §§ 52, 54 AktG die Grenze, nach der anderen Ansicht liegt das Kriterium in der Abgrenzung der Auswirkungen der normativen Kraft des Faktischen. Die nach der hier im Anschluß Ballerstedt vertretenen Auffassung unter § 134 BGB zu rechnenden Fälle der Verminderung des Gesellschaftsvermögens und der Beeinträchtigung der Gläubiger können jedenfalls nicht durch berufen auf die Macht der tatsächlichen Verhältnisse gelöst werden, da Vorschriften, die zu den Grundlagen des Aktienrechts gehören, nicht durch die normative Kraft des Faktischen beseitigt werden können (74). Als Parallellfall sei hier nur auf § 30 GmbHGesetz verwiesen, eine Vorschrift, die von der Praxis immer wieder umgangen worden ist, und an deren strenger Beachtung die Rechtsprechung bis in die jüngste Zeit festgehalten hat (75).

IV. Aus allem ergibt sich, daß Gewinnabführungsverträge im Konzern weder ausnahmslos nichtig noch ausnahmslos gültig sind. Liegt eine Beeinträchtigung der Gläubigerrechte nicht vor, weil entweder der Umfang der Gewinnabführung die Gläubigerinteressen nicht berührt oder weil der Gewinn unter einer aufschiebenden Bedingung ausgeschüttet wird, so ist der Vertrag gültig, wenn er nicht mit Erfolg angefochten wird. Liegt dagegen ein Eingriff in das Gesellschaftsvermögen vor, so ist der Vertrag nur dann gültig, wenn die Gewinnentnahme durch ein entsprechendes Entgelt ausgeglichen wird. Dieses Entgelt kann nicht in der Verpflichtung bestehen, den Verlust zu übernehmen, da die Ergebnisausschlußvereinbarung nicht die Gegen-

(74) Gadow-Weipert § 52 Anm. 15, Ballerstedt Kapital S. 161, Betrieb 1956 S. 839; Duden BB 1957 S. 49 und 1230

(75) BGHZ 13, 49; BGH LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG

leistung für die Überlassung des Gewinnes ist. Auch eine Dividendengarantie für die außenstehenden Aktionäre macht den Gewinnübernahmevertrag vom Standpunkt der verdeckten Gewinnausschüttung aus nicht wirksam, da das Entgelt in das Vermögen der Gesellschaft fließen muß. Daher ist als Voraussetzung der Gültigkeit eine angemessene Verzinsung der Reinvermögenswerte der eingegliederten Gesellschaft durch Leistung an die Gesellschaft notwendig (76). Aus dieser Tatsache, daß der Ausgleich zur Sicherung des Stammkapitals und der Gläubiger dient und daß eine Dividendengarantie an die außenstehenden Aktionäre nicht genügt, ergibt sich nochmals deutlich, daß die Nichtigkeitsfolge dieser Vorschriften nicht dem Schutz der Aktionäre, sondern dem der Gläubiger dient.

§ 8 Die Nichtigkeit des Konzernvertrages wegen Verstoßes gegen die guten Sitten.

Die Nichtigkeit des Konzernvertrages könnte letztlich aus § 195 Ziffer 4 AktG hergeleitet werden, nach dem ein Hauptversammlungsbeschluß nichtig ist, wenn er gegen die guten Sitten verstößt.

Das Verbot der Sittenwidrigkeit war vor der Einführung des Aktiengesetzes eine der zentralen Schutzvorschriften gegen den Mißbrauch gesellschaftlicher Macht durch die Mehrheit. Diese Bedeutung ist durch die Einführung des § 195 Zif. 4 AktG, der an die Stelle des § 138 BGB getreten ist, verloren gegangen. Während unter der Herrschaft des § 138 BGB diese Vorschrift weit ausgelegt worden ist und als Ventil gegen Übergriffe aller Art galt, wird sie heute sehr einschränkend gehandhabt. Nach einhelliger Auffassung (77) liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten nur dann vor, wenn der Beschluß selbst seinem Inhalt nach gegen die guten Sitten verstößt. Liegt die Sittenwidrigkeit, wie dies meist der Fall sein wird, in den Motiven, so kann § 195 Zif. 4 AktG keine Anwendung finden. Eine Nichtigkeit des dem Konzernvertrag zugrunde liegenden Hauptversammlungsbeschlusses ist daher denkbar, eine praktische Bedeutung hat § 195 Zif. 4 AktG nicht, da eine sittlich indifferente Formulierung des Hauptversammlungsbeschlusses in der Regel gegeben sein wird.

III. Die Anfechtbarkeit von Konzernverträgen

§ 9 Die Anfechtung wegen Verletzung von Gesetz und Satzung sowie wegen Stimmrechtsausübung.

I. Die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen ist in § 197 AktG geregelt. Das Gesetz sieht hier zwei verschiedene Möglichkeiten vor: einmal kann der Beschluß wegen Verletzung von Gesetz und Satzung angefochten werden (§ 197 Abs. 1

(76) vgl. hierzu Mestmäcker S. 331 mit weiterer Lit.

(77) RGZ 75, 243 und 157, 60 in stdg Rspr.

AktG), zum anderen ist die Anfechtung wegen Stimmrechtsausübung zur Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile möglich (§ 197 Abs. 2 AktG).

Die Anfechtung nach § 197 Abs. 1 AktG ist in allen Fällen möglich, in denen eine Verletzung des Gesetzes oder der Satzung vorliegt. Sie bildet nach dem Gesetz das umfassende Schutzmittel des Aktionärs und greift praktisch in allen Fällen ein, in denen die Verletzung nicht der Sanktion der Nichtigkeit unterstellt ist. Zu den gesetzlichen Vorschriften, die im Rahmen des Konzernrechts Bedeutung besitzen und die zu einer Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses führen können, gehört vor allem der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre. Dieses Prinzip, das bereits bei der verdeckten Gewinnausschüttung eine Rolle gespielt hat, ist von Lehre und Rechtsprechung einhellig anerkannt (78), obwohl es im geltenden Aktienrecht an keiner Stelle einen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat.

II. Die Anfechtung kann weiter darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der Aktionäre zu erlangen sucht. Diese Vorschrift ist für den Tatbestand des Unternehmenszusammenhangs typisch und ihre Auslegung bildet das eigentliche Problem des Anfechtungsrechts des freien Aktionärs.

§ 197 Abs. 2 AktG ist mit der Aktienrechtsnovelle von 1937 eingeführt worden, um dem konzernfreien Aktionär die Möglichkeit zu geben, sich gegen die Stimmenmehrheit der Großaktionäre zu behaupten, die nicht das Interesse der eigenen Gesellschaft, sondern das des übergeordneten Verbandes ohne Rücksicht auf den freien Aktionär verfolgen. Diese Vorschrift war deshalb notwendig, weil der zum Unternehmenszusammenhang führende Hauptversammlungsbeschluß meist formell mit dem Gesetz - mit Ausnahme des Gleichbehandlungsgrundsatzes - übereinstimmt und die Anfechtung aus den in § 197 Abs. 1 AktG genannten Gründen nicht ausreicht. Diese Absicht des Gesetzgebers, den freien Aktionär zu schützen, ist aber durch die Verweisung auf § 101 Abs. 3 AktG in hohem Maß illusorisch geworden. Durch die Auslegung, die der Begriff "schutzwürdige Belange" erfahren hat, ist aus dieser Schutzvorschrift des konzernfreien Aktionärs eine der stärksten Stützen der Konzernmehrheiten geworden.

Diese Fehlentwicklung hat ihren Ursprung in der amtlichen Begründung zu § 101 Abs. 3 AktG, die die Konzerninteressen ausdrücklich als schutzwürdige Belange anerkennt. Dieser Auffassung folgend betonen Schlegelberger (79), Hachenburg (80)

(78) Statt vieler RGZ 118, 67; Hueck, Anfechtung und Nichtigkeit a. a. O. S. 80

(79) Komm. § 101 AktG Anm. 9

(80) Enquete-Bericht a. a. O. S. 50

und Haussmann (81), daß bei einem Konzernverband das Gesamtwohl grundsätzlich vor dem Interesse des Einzelnen den Vorrang habe; bei der notwendigen Interessenabwägung müsse das Interesse des Konzerns vorgehen. Dieses Opfer des einzelnen Aktionärs wird aus dem Wesen des Zusammenschlusses gerechtfertigt. Auch Geiler (82) bejaht grundsätzlich den Vorrang des Konzerninteresses, modifiziert diese Vorrangigkeit aber dahingehend, daß sie nur dann anwendbar sein soll, wenn die Beeinträchtigung des einzelnen Aktionärs volkswirtschaftlich und rationell vertretbar sei.

Die Auffassung von dem Vorrang des Konzerninteresses wird im Schrifttum überwiegend abgelehnt. Buchwald (83), Lehmann-Ring (84), Goldmann (85), Kronstein (86) und Rosendorff (87) vertreten grundsätzlich eine Gleichwertigkeit der Interessen. Filbinger (88) nimmt ebenfalls Interessengleichheit an, gibt aber dem Konzerninteresse für die Ausgestaltung der Geschäftstätigkeit den Vorrang, wenn der Interessengensatz durch eine Ausgleichsleistung in Form einer Dividendengarantie überbrückt wird. Nach Teichmann-Köhler (89) ist die uneingeschränkte Bevorzugung des Konzerns, da sie zu einer Benachteiligung der Minderheitsaktionäre führt, unzulässig; gemeint seien daher in § 101 Abs. 3 AktG nicht jedes Konzerninteresse, sondern nur solche Interessen, die die Rechtsstellung des freien Aktionärs nicht übermäßig beeinträchtigen. Gadow-Weipert (90) lassen als schutzwürdige Belange nur solche Maßnahmen zu, die im Rahmen einer vernünftigen Geschäftspolitik bleiben und nicht zu einer Schädigung der freien Aktionäre führen. Grundlage und Unterscheidungsmerkmale für diese Grenzziehung sei § 242 BGB: Zwischen Mehrheitsaktionär und Minderheitsaktionär bestehe zwar kein gesellschaftsrechtliches Treueverhältnis, der Mehrheitsaktionär wachse aber durch seine Beteiligung in eine Rechtsstellung hinein, die ihm diese Verantwortung auferlege. Dies ist nach Gadow-Weipert die zwingende Folgerung aus dem Strukturwandel der Aktiengesellschaft vom Typ der selbständigen Gesellschaft zur abhängigen juristischen Person. Würdinger (91) vertritt die Auffassung, daß die Formulierung des § 101 Abs. 3 AktG und der amtlichen Begründung nach dem Willen des Gesetzgebers nicht verhindern sollte, daß die Minderheit im Fall des Abschlusses eines Konzernvertrages einen entsprechenden Ausgleich bekommt.

(81) Unternehmenszusammenfassungen a. a. O. S. 153

(82) Enquete-Bericht a. a. O. S. 82

(83) Enquete-Bericht a. a. O. S. 103

(84) Komm. zu § 271 HGB Anm. 3

(85) Komm. zu § 271 HGB Anm. 7

(86) Abhängige juristische Person S. 20

(87) Konzernrecht S. 39

(88) Mehrheitsherrschaft, Schranken a. a. O. S. 57

(89) § 101 Anm. 9

(90) § 15 AktG Anm. 7

(91) Betrieb 1957 S. 961

Diese Vorschrift habe lediglich die Aufgabe, einem Mißbrauch der Minderheit inso- weit entgegenzuwirken, als diese nicht Ausgleich auf Heller und Pfennig verlangen dürfe. Eine sehr gründliche Untersuchung dieser Fragen findet sich bei Rasch (92). Die Frage der Schutzwürdigkeit der Belange, so sagt Rasch, müsse grundsätzlich von beiden Seiten aus gesehen werden. Hätten sowohl der Aktionär als auch der Konzern von ihrem Standpunkt aus Recht, so liege ein Fall der Interessengleichheit vor. Die- se Interessengleichheit schließe aber die Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbe- schlusses nicht aus, da ein schutzwürdiges Interesse der Mehrheit nur dann gegeben sei, wenn die Interessen des Konzerns die der Minderheitsaktionäre überwiegen. In der Praxis könne der Richter nicht nachprüfen, ob eine Maßnahme wirtschaftlich im Rahmen des Konzerninteresses liege oder nicht. Da die Nachprüfung dieser wirt- schaftlichen Zusammenhänge den Richter überfordern würde, könne er nur den Tat- bestand der Rechtsverletzung des Minderheitsaktionärs feststellen. Diese sei aber dann gegeben, wenn der Gewinn ohne entsprechende Gegenleistung in Form einer Renten- garantie oder einer ähnlichen Ausgleichsleistung abgeführt werde. Dieser Auffassung hat sich auch Ballerstedt (93) im wesentlichen angeschlossen, er fordert aber de lege ferenda den Wegfall der Verweisung auf § 101 Abs. 3 AktG.

Die gesamt Entwicklung zeigt, daß die starre Auffassung von dem Vorrang des Kon- zerninteresses heute in der Rechtslehre als überwunden gelten kann. Dieser Tatsache haben sowohl der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 7. Oktober 1958 als auch der Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes Rechnung getragen, die den § 101 Abs. 3 AktG nicht wiederaufgenommen haben. Zur Begründung wird ausgeführt, daß die Anfechtung nicht mehr deshalb ausgeschlossen werden solle, weil die Vorteilerlangung schutzwürdigen Belangen gedient habe. Die allgemeine Konzernklausel sei entbehrlich, weil sich aus anderen Vorschriften ergebe, in wel- chem Umfang Konzerninteressen verfolgt werden könnten (94).

III. Dem konzernfreien Aktionär steht auch nach geltendem Recht das Anfech- tungsrecht aus § 197 Abs. 2 AktG zu, wenn ihm nicht eine Ausgleichsleistung einen Ersatz für den Rechtsverlust gewährt oder höherwertige Interessen des Konzerns auf dem Spiel stehen. Diese Ausgleichsleistung ist aber scharf von der vorher behandel- ten Ausgleichsleistung an die Gesellschaft zur Sicherung des Stammkapitals zu tren- nen.

In der Rechtsprechung wird die Frage der "schutzwürdigen Belange" kaum behan- delt. Dies lenkt den Blick auf das zweite große Problem des Anfechtungsrechts, auf die Frage der praktischen Durchführung. Die Schwierigkeiten liegen hier einmal

(92) Konzernrecht a. a. O. S. 124, 125, Gutachten a. a. O. S. 31

(93) Betrieb 1957 S. 838

(94) vgl. die amtliche Kommentierung des Entwurfs a. a. O. S. 370

darin, daß die Anfechtungsklage gegen die Gesellschaft zu richten ist und nicht gegen den Mehrheitsaktionär. Da der Streitwert nach dem Interesse zu berechnen ist, das die Gesellschaft an dem Anfechtungsprozeß hat (§ 199 VI AktG), ist kaum einer der konzernfreien Aktionäre in der Lage, den Prozeßkostenvorschuß zu leisten oder den Prozeß durch mehrere Instanzen zu führen. Hinzu kommt die in § 199 IV AktG aufgestellte Verpflichtung, für den von der Gesellschaft glaubhaft gemachten Schadensersatzanspruch wegen der Anfechtung Sicherheit zu leisten, die Anfechtungsprozesse nach Einführung des Aktiengesetzes zu einer Seltenheit gemacht hat. Die Probleme, die sich aus der Behandlung des Anfechtungsrechts durch das Gesetz ergeben, werden daher von den meisten Reformvorschlägen durch prozessuale Umgestaltung des Anfechtungsrechts gelöst, die auf einen Mittelweg zwischen der vor dem Aktiengesetz unbeschränkt möglichen Anfechtungsklage und dem derzeitigen Rechtszustand einschwenken. Rasch (95) schlägt vor, wegen der sich aus § 200 AktG ergebenden Rechtskraftwirkung über die Parteien hinaus eine dritte Stelle, etwa das Bundeskartellamt, zur Erhebung der Anfechtungsklage zu legitimieren. Dieser Vorschlag hat allgemein keine Zustimmung gefunden. Möhring (96) lehnt diese Ausweitung des Klagerechts ab, da sie zu einer Vermehrung der Behörden führen würde und eine dem Gesellschaftsrecht fremde Einrichtung wäre. Richtiger ist daher, eine Verbesserung des Anfechtungsrechts durch Modifizierung des Anfechtungsstreitwerts sowie durch Abänderung der Kostentragungspflicht der schwächeren Partei zu suchen, einem Weg, dem sich auch der Referentenentwurf in § 233 angeschlossen hat. Das Gericht kann nach der vorgesehenen Regelung den Streitwert unter Berücksichtigung des Interesses beider Parteien nach billigem Ermessen festsetzen, wobei die Höhe nach oben durch 1/10 des Grundkapitals oder höchstens 1 Million Deutsche Mark festgelegt ist. Außerdem ermöglicht eine dem § 53 PatentG angepaßte Vorschrift die Festsetzung der Prozeßkosten nach einem Teilstreitwert, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse dies erfordern (97).

IV. Zusammenfassung

Die Sicherung der Gewinnbeteiligung des konzernfreien Aktionärs erfolgt nach dem geltenden Aktienrecht und der herrschenden Meinung durch Beschränkung oder Beseitigung des die Gewinnverteilung vereitelnden Vertrages. Zunächst bedarf der Konzernvertrag der Zustimmung einer 3/4 Mehrheit und einer Bekanntmachung und Eintragung in das Handelsregister, soweit er eine Satzungsänderung enthält. Der Mehrheitsaktionär ist bei der Abstimmung über den Konzernvertrag von der Stimmrechtsaus-

(95) Gutachten a. a. O. S. 31 ff

(96) DRiZ 1957 S. 203

(97) Würdinger B 1957 S. 963, Duden BB 1957 S. 1230, Möhring a. a. O. S. 203 und Rasch Gutachten S. 31

übung nicht ausgeschlossen. Eine Nichtigkeit des Vertrages tritt nur in wenigen Fällen ein. Sie kann weder aus dem Verlust der Selbständigkeit der Aktiengesellschaft noch in jedem Fall aus einem Verstoß gegen die Vorschriften über die verdeckte Gewinnausschüttung hergeleitet werden. Die Verletzung des in den §§ 52, 54 AktG enthaltenen Grundsatzes der Gewinnverteilung führt nur dann zur Nichtigkeit des Gewinnabführungsvertrages, wenn das Gesellschaftsvermögen und die Rechte der Gläubiger angetastet werden und keine Ausgleichsleistung an die Gesellschaft erfolgt. Eine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten ist denkbar, sie tritt aber nur dann ein, wenn die Sittenwidrigkeit in dem Beschluß selbst liegt.

Die Rechtsstellung des außenstehenden Aktionärs wird daher vor allem durch das Anfechtungsrecht gesichert. Diese Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses kann wegen Verstoßes gegen das Gesetz, also in erster Linie wegen Verletzung des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung oder des Gleichbehandlungssatzes, erfolgen. Daneben ist die Anfechtung wegen Erlangung gesellschaftsfremder Sonder Vorteile durch Stimmrechtsausübung zulässig, die bei richtiger Auslegung der Konzernklausel des § 101 Abs. 3 AktG für den Aktionär eine gewisse Sicherheit bedeutet.

Die praktische Bedeutung des Anfechtungsrechts ist durch die Schwierigkeiten der prozessualen Geltendmachung erheblich herabgemindert. Die in der Literatur überwiegend vertretene Meinung sieht daher die Verbesserung der Rechtsstellung des Aktionärs in einer Erleichterung des Anfechtungsrechts durch Änderung des Streitwerts und Wegfall der Erschwerungen des Aktiengesetzes.

II. Hauptteil

I. Allgemeine Grundlegung: Der Ausgangspunkt

§ 10 Ermöglichen die Anfechtung und die übrigen Beseitigungsrechte eine Sicherung des außenstehenden Aktionärs?

Die vorstehende Untersuchung hat ergeben, daß der Schutz des freien Aktionärs gegen die mit der Konzerneingliederung verbundenen Gefahren im wesentlichen in seinem Anfechtungsrecht besteht, und daß man sich bemüht, durch Verbesserung dieses Beseitigungsrechtes seine Rechtsstellung zu stärken.

Die wesentliche Frage, die kaum behandelt wird, ist aber, ob die Beseitigungsrechte überhaupt in der Lage sind, eine Sicherung des freien Aktionärs bei der Konzerneingliederung zu bewirken. Durch die erfolgreiche Anfechtung wird der Hauptversammlungsbeschluß, der dem Konzernvertrag zu Grunde liegt, beseitigt. Damit fällt der Konzernvertrag weg, und für die abhängige Gesellschaft entfällt die Verpflichtung zur Gewinnüberleitung aus diesem Vertrag. Nicht betroffen wird aber, und das ist ausschlaggebend, die Beteiligung der herrschenden Gesellschaft an der abhängigen. Durch die Anfechtung wird somit nur der Konzernvertrag beseitigt, seine Wurzel, das Abhängigkeitsverhältnis, bleibt aber bestehen. Dies hat zur Folge, daß sich der Vertragskonzern in einen Beteiligungskonzern umwandelt. Diese Umwandlung führt zu einer erheblichen Verschlechterung der Rechtsstellung des freien Aktionärs, da es in einem Beteiligungskonzern an einer klaren Festlegung der sich aus der Abhängigkeit ergebenden Rechte und Pflichten fehlt. Die herrschende Gesellschaft hat es in diesem durch keine ausdrücklichen Vereinbarungen gekennzeichneten Verhältnis in der Hand, den Gewinn auch ohne ausdrücklichen Konzernvertrag auf sich überzuleiten. Ändert sie beispielsweise die Verrechnungspreise für Lieferungen innerhalb des Konzerns, so wird die Situation für den freien Aktionär sehr schwierig. Da diese Lieferungsverträge weder unter § 256 AktG fallen noch eine Satzungsänderung darstellen, gibt es keinen anfechtbaren Hauptversammlungsbeschluß. Der Aktionär könnte dann nur Schadensersatzansprüche gegen Vorstand oder Aufsichtsrat wegen gesellschaftsschädigendem Verhalten gemäß § 101 Abs. 2 AktG geltend machen, denen aber neben der Einschränkung nach § 101 Abs. 3 AktG die Durchsetzbarkeit wegen der schwierigen Beweislage und der persönlichen Verhältnisse der handelnden Personen entgeht.

Die Beseitigungsrechte eignen sich daher vom Standpunkt des freien Aktionärs aus wenig zur Sicherung seiner Rechte, da sie nicht zu einer Beseitigung des Abhängigkeitsverhältnisses, sondern nur zu einer Beseitigung des Konzernvertrages führen. Das Bestehen eines solchen Konzernvertrages muß aber gerade angestrebt werden, da nur durch die vertragliche Festlegung von Rechten und Pflichten das Konzernverhältnis aus seiner Undurchschaubarkeit in das Licht der Nachprüfbarkeit gerückt wird.

Will man die Rechte des Aktionärs nicht durch die Beseitigungsmöglichkeit sichern, so besteht die andere Möglichkeit darin, bei bestehenbleibendem Konzernverband einen Ausgleich für die verlorene Gewinnbeteiligung einzuräumen. Diese Sicherung durch Gewährung eines Ausgleichsanspruchs unterscheidet sich von den Beseitigungsrechten nicht nur im Hinblick auf ihre Bedeutung für den konzernfreien Aktionär. Auch von dem Konzern aus gesehen besteht ein wesentlicher Unterschied: Geht man von dem Vorrang der Beseitigungsrechte aus, so muß in all den Fällen, von Unternehmenszusammenfassungen mit einer Anfechtungsklage und einer Aufhebung des Konzerns gerechnet werden, da die Beeinträchtigung des außenstehenden Aktionärs nicht die Ausnahme, sondern die Regel ist. Bei der Ausgestaltung der Sicherung des konzernfreien Aktionärs ist daher nicht nur auf dessen Belange, sondern auch auf die Bedeutung und Stellung des Konzerns im Rahmen unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung Rücksicht zu nehmen. Wird der Konzern aus diesen Gesichtspunkten heraus abgelehnt und gilt er als unliebsame Erscheinung, so ist es folgerichtig, die Beseitigungsrechte so auszugestalten, daß sie zu einer Zerschlagung des Unternehmenszusammenhanges führen. Erkennt man den Konzern aber aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus an oder toleriert man diese Erscheinung, dann ist es inkonsequent, in den typischen Fällen der Konzerngestaltung - bei denen der freie Aktionär benachteiligt wird - den Unternehmensverband zu beseitigen. Es ist daher vor einer grundsätzlichen Entscheidung notwendig, die Stellung des Gesetzgebers und der Wirtschaftsordnung zum Konzern einer kurzen Prüfung zu unterziehen.

Die Stellung, die der Gesetzgeber zum Konzern eingenommen hat, war im Laufe der Zeit erheblichen Schwankungen unterworfen. Er ist ursprünglich von der Aktiengesellschaft als einer selbständigen und wirtschaftlich unabhängigen Gesellschaft ausgegangen, der Begriff der abhängigen Gesellschaft war zur Zeit der Schaffung des Handelsgesetzbuches nicht bekannt. Da im Laufe der Entwicklung der erhöhte Kapitalbedarf größere Unternehmenszusammenfassung notwendig machte, wurden diese durch das mit dem ersten Körperschaftssteuergesetz des Reichs von 1920 eingeführte Schachtelprivileg sowie durch die Organschaftstheorie des preußischen Oberverwaltungsgerichts und des Reichsfinanzhofs begünstigt. Infolge dieser Erleichterungen nahmen die abhängigen Gesellschaften im Wirtschaftsleben einen immer breiteren Raum ein. Die Aktienrechtsnovelle von 1931 führte dann den Begriff der Konzerngesellschaft, der abhängigen Gesellschaft sowie des abhängigen Unternehmens ein, ohne diese Begriffe grundlegend zu definieren. Die vorübergehenden steuerrechtlichen Begünstigungen der Vollfusion, die durch Verminderung der Kapitalverkehrssteuer, der Wertzuwachs- und Grunderwerbssteuer einen Anreiz zur Fusion geben sollten, um Auswüchse der Begründung von Abhängigkeitsverhältnissen zu verhindern, und die zu einer Fusionswelle führten, wurden schon 1931 durch die Aufteilungsverordnung wieder aufgegeben, da sie nicht zu einem wirtschaftlichen Erfolg führten. In § 5 dieser Verordnung wird ausdrücklich bestimmt, daß die steuerrechtlichen Erleichterungen auch für den Fall der Gründung einer Tochtergesellschaft gelten, de-

ren sämtliche Aktien sich in der Hand der Konzernobergesellschaft befinden. Dieser konzernfreundliche Standpunkt des Gesetzgebers hat sich in der folgenden Zeit wenig geändert. Zwar hat man in den Jahren nach 1933 den Versuch unternommen, das anonyme Kapital im Wirtschaftsleben zurückzudrängen, die Aktienrechtsnovelle von 1937 erkannte aber in § 15 AktG den Konzern ausdrücklich an und stellte erstmals Definitionen auf.

Diese wohlwollende Neutralität dem Konzern gegenüber änderte sich erst nach 1945 mit der alliierten Dekartellisierungsgesetzgebung. Das amerikanische Gesetz Nr. 56 vom 12. Februar 1947, das im wesentlichen auf die amerikanische Antitrustgesetzgebung zurückgeht, verbot grundsätzlich jede stärkere Konzentration wirtschaftlicher Macht, ohne zwischen Kartell und Konzern zu unterscheiden. Die dann folgende Entflechtung der Ruhrkonzerne erfolgte nach dem Gesetz Nr. 75 der amerikanischen und britischen Militärregierung vom November 1948 und später nach dem Gesetz Nr. 27 vom 16. Mai 1950 betreffend die Umgestaltung des deutschen Kohlenbergbaus und der deutschen Stahl- und Eisenindustrie. Die gleichlaufende Entflechtung der Großbanken erfolgte nach dem Großbankengesetz vom 29. März 1952, das ebenfalls dem Konzern gegenüber eine ablehnende Haltung einnahm.

Dieser die Unternehmenszusammenfassung ablehnenden Periode folgte in neuester Zeit eine wenn auch nicht freundliche, so doch zumindest tolerierende Haltung des Gesetzgebers. Konzerne sind nicht verboten, die steuerlichen Erleichterungen für die Bildung von Abhängigkeitsverhältnissen werden eher verstärkt als abgebaut. Art. 66 des Monatanunionvertrags vom 29. April 1952 läßt die Bildung von Unternehmensverbänden zu und macht sie lediglich von einer Genehmigung abhängig, die in der Regel nicht versagt wird. Der Organschaftsvertrag als stärkste Form der Eingliederung ist auch von der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes anerkannt (98). § 1 des Holding Mitbestimmungsgesetzes vom 7. August 1956 enthält eine gesetzliche Definition des Organschaftsvertrages.

Dieser kurze Abriß der Entwicklungsgeschichte zeigt, daß der Gesetzgeber - von Ausnahmen abgesehen - dem Konzern gegenüber eine eher wohlwollende als ablehnende Haltung eingenommen hat. Diese Auffassung wird auch von der Rechtslehre überwiegend geteilt. Gegen den Konzern hat im neueren Schrifttum vor allem Fischer (99) Stellung genommen. Er hält Konzerne mit einer freiheitlichen Marktordnung für nicht vereinbar, da sie kraft einer bestimmten Eigengesetzlichkeit zur Auflösung dieser freien Marktordnung durch Ausschaltung des freien Wettbewerbs führten. Diese Auffassung ist mit verschiedenen Begründungen abgelehnt worden. Möhring (100) hält die wettbewerbsfeindlichen Auswirkungen des Konzerns zwar für erheblich.

(98) BFH in BStBl 1952 S. 234

(99) ACP 154 S. 206

(100) DRiZ 1957 S. 204

lehnt aber den von Fischer vorgeschlagenen Weg der Vollfusion ab, weil dieser zu einer noch stärkeren Beschränkung des Wettbewerbs führen würde. Während bei dem Konzern wenigstens horizontal ein gewisser Wettbewerb noch möglich sei, fehle es bei fusionierten Unternehmenseinheiten an jedem Wettbewerb. Ballerstedt (101) hält die Heranziehung von wettbewerbsrechtlichen Argumenten für unzulässig. Nach seiner Ansicht handelt es sich bei dem Konzern um eine rein gesellschaftsrechtliche Frage, die nicht nach wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten entschieden werden kann. Die gegen die Begründung und den Mißbrauch einer marktrechtlichen Stellung eingeführten Vorschriften seien nicht an Gesichtspunkten spezifisch unternehmensrechtlicher Art orientiert; es gehe hier nicht um den organisatorischen Aufbau des Unternehmens, den Schutz der Gläubiger, die Erhaltung der Kapitalsammlungsfunktion oder die Abstimmung von Machtbefugnis und Verantwortung, sondern allein um Probleme der Marktordnung und des Wettbewerbs. Diese Vorschriften seien daher dem gesellschaftsrechtlichen Problem gegenüber indifferent (102).

Die Auffassung von Möhring und Ballerstedt verdient im Ergebnis Zustimmung, wenn auch die Begründung nicht ganz zu befriedigen vermag. Ballerstedt übersieht den Zusammenhang zwischen Wirtschafts- und Rechtsordnung, die untrennbar zusammenhängen. Das Recht ist kein vom praktischen Leben abgetrennter Bezirk, und die Frage der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit von Konzernen kann nicht allein nach der rechtstheoretischen Begründung des Konzerns beantwortet werden, sie muß die wirtschaftlichen Vorgänge beachten. Diese wirtschaftlichen Tatsachen sind die Notwendigkeit der Zusammenfassung in immer größeren Unternehmenseinheiten. Die heutige Wirtschaftsform verlangt zwingend Unternehmenszusammenfassungen in einer Größenordnung, wie sie dem historischen Gesetzgeber, der von der Aktiengesellschaft als mittelgroßem Unternehmen ausgegangen ist, unbekannt waren. Die Konzentrationsbewegung ist ständig im Gange und eine Realität, die das Recht respektieren muß, wenn es nicht lebensfremd sein will. Ist aber eine Konzentration nicht zu vermeiden, so ist der Konzern die bessere Lösung als die Vollfusion. Die Fusion schafft zwar klare Tatbestände und führt bezüglich der Rechte des konzernfreien Aktionärs zu einer für diesen günstigeren Gestaltung. Durch die Fusion entstehen aber starre und undynamische Wirtschaftskörper, die in sich für Wettbewerb keinen Raum lassen und die, wie die zum Erlaß der Aufteilungsverordnung von 1931 führenden Erfahrungen gezeigt haben, der lockeren Zusammenfassung in Konzernverbänden unterlegen sind. Hieraus folgt, daß der Konzern trotz seiner Nachteile, die in seiner Undurchsichtigkeit und seinen Möglichkeiten zur Verlagerung des Gewinns und zur Schädigung der Aktionäre liegen, aus dem Wirtschaftsleben und damit aus dem Rechtsleben nicht hinweggedacht werden kann.

(101) Betrieb 1957 S. 837

(102) So auch die Untersuchungen der Studienkommission des 41. DJT a. a. O. S. 25, 26

Die von der seitherigen Rechtslehre einseitig bevorzugte Lösung der Probleme des konzernfreien Aktionärs durch Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ist daher sowohl vom Standpunkt des Aktionärs als auch von dem des Konzerns als wirtschaftlicher Institution aus verfehlt. Die folgerichtige Lösung kann nur darin bestehen, in den Fällen der Verlagerung des Geschäftsergebnisses den Konzern nicht zu beseitigen und dem Aktionär einen Ausgleichsanspruch für die verlorene Gewinnbeteiligung zu gewähren. Das Anfechtungsrecht bleibt dann auf die Mängel beschränkt, die nicht in dem Entzug der Gewinnbeteiligung liegen, also namentlich formelle Mängel, arglistige Täuschung und andere.

Der dem Aktionär zu gewährende Ausgleichsanspruch kann verschiedene Formen haben. Einmal kann es sich hierbei um einen auf eine Geldzahlung gerichteten Entschädigungsanspruch handeln. Dieser Entschädigungsanspruch kann auf eine einmalige Kapitalabfindung oder eine Rente gerichtet sein, wobei die Rente sich entweder nach dem seitherigen oder zukünftigen Gewinn der Obergesellschaft oder der Untergesellschaft berechnet. Auf der anderen Seite kann dem Aktionär ein Recht auf Umtausch seiner Aktien zustehen, nach dem er die Aktien entweder gegen Kapitalabfindung oder gegen Aktien der Obergesellschaft umtauscht.

II. Der Entschädigungsanspruch

§ 11 Der Entschädigungsanspruch nach der herrschenden Lehre.

Während in der Rechtsprechung die Rechte des freien Aktionärs in der eingegliederten Gesellschaft - soweit überhaupt - nur unter dem Gesichtspunkt von Anfechtung oder Nichtigkeit behandelt werden, wird in der Rechtslehre schon seit langem die Auffassung vertreten, daß dem außenstehenden Aktionär ein Ausgleich für die verlorene Gewinnbeteiligung gebührt. Seit Hueck (103) ist allgemein anerkannt, daß der freie Aktionär gegen die Nachteile der Konzernbildung durch eine Entschädigung geschützt werden sollte. Über Rechtsgrundlage und Umfang dieser Entschädigungspflicht besteht allerdings weithin Unklarheit. Hueck nimmt an, die Aktionäre müßten "sonstwie" entschädigt werden. Filbinger (104) begründet den Ausgleichsanspruch dagegen genauer. Nach seiner Auffassung kann sich der Mehrheitsaktionär, der Konzerninteressen wahrnimmt und damit gesellschaftsfremde Sondervorteile verfolgt, nur dann auf die Rechtfertigung durch "schutzwürdige Belange" berufen, wenn die außenstehenden Aktionäre durch Ausgleichsleistungen entschädigt worden sind. Rasch (105).

(103) RG Praxis Bd. 4 S. 167 und 175, FN 20; S. 179, 180 FN 34

(104) Schranken der Mehrheitsherrschaft a. a. O. S. 62

(105) Konzernrecht S. 87, 129

Duden (106), Flume (107) und Ballerstedt (108) leiten ihre Begründung im wesentlichen aus den gleichen Erwägungen ab: wenn der Hauptversammlungsbeschluß, der die Rechte der freien Aktionäre beeinträchtigt, keine angemessene Entschädigung - bei Rasch in Form einer Dividendengarantie - enthält, so kann bei einer Anfechtungsklage nicht entgegengehalten werden, daß der Beschluß schutzwürdigen Belangen dient.

Diese allgemein vertretene Auffassung, daß dem konzernfreien Aktionär ein Ausgleichsanspruch zusteht, hat in der Wirtschaftspraxis erhebliche Auswirkungen gehabt. Unter dem Einfluß dieser Lehre sehen die meisten Organschafts- oder Gewinnübernahmeverträge freiwillig eine Dividendengarantie für den außenstehenden Aktionär vor. Aus den Begründungen ergibt sich aber, daß es sich bei dem Ausgleichsanspruch nach der herrschenden Lehre nicht um einen echten Entschädigungsanspruch handelt. Wenn der Konzernvertrag eine Ausgleichsleistung nicht vorsieht, so hat der Aktionär keinen klagbaren Anspruch auf Zahlung einer Ausgleichsleistung, sondern der Hauptversammlungsbeschluß fällt unter die Rechtsfolge der Anfechtung oder Nichtigkeit. Der sogenannte Entschädigungsanspruch stellt daher nur eine Modifizierung des Anfechtungsrechts wegen Stimmrechtsausübung zur Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile dar, indem er das Berufen auf die Konzernklausel des § 101 Abs. 3 AktG nur dann gestattet, wenn ein Ausgleich für den freien Aktionär vereinbart wird.

§ 12 Der Entschädigungsanspruch aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht.

Einen Schritt weiter in der Begründung eines echten Ausgleichsanspruchs geht Mestmäcker (109), der eine genaue rechtliche Begründung dieses im Ergebnis seit langem anerkannten Anspruchs bringt.

A. Mestmäcker geht bei der Begründung seines Anspruchs davon aus, daß die herrschende Gesellschaft zugleich Mehrheitsaktionärin der abhängigen Gesellschaft ist. Zwischen den Aktionären bestünden, so meint Mestmäcker, entgegen der herrschenden Lehre Rechtsbeziehungen. Zwar sei die Aktiengesellschaft keine Gesellschaft, sondern ein Verein, aus dem Körperschaftsbegriff allein seien aber Deduktionen, die die Probleme der Aktiengesellschaft sachgemäß lösen könnten, nicht möglich. Die starren Abgrenzungen zwischen Verein und Gesellschaft seien in Lehre und Rechtsprechung durch die Behandlung der offenen Handelsgesellschaft in einzelnen Punkten als juristische Person, den Ausschluß des GmbH - Gesellschafters aus wichtigem Grund und die actio pro socio des GmbH - Gesellschafters für die Gesell-

(106) BB 1957 S. 1230

(107) Betrieb 1956 S. 457

(108) Betrieb 1956 S. 837

(109) a. a. O. S. 348 ff

schaft weitgehend aufgegeben. Daher seien auch zwischen den Aktionären Rechtsbeziehungen denkbar, obwohl der Charakter der Aktiengesellschaft als Körperschaft nicht angetastet werde.

Diese Rechtsbeziehungen, die in Lehre und Rechtsprechung nach ihrem Inhalt allgemein als Treupflicht der Aktionäre gekennzeichnet werden, seien allerdings nur unter den von Fechner (110) herausgearbeiteten engen Voraussetzungen zu bejahen. Rechtsgrund der Treupflicht sei "die dem Aktionär gewährte Einwirkungsmöglichkeit auf das von der Aktiengesellschaft betriebene Unternehmen und die darin tätigen Personen" (111). Eine Treupflicht der Aktionäre sei daher immer dann zu bejahen, wenn der Aktionär kraft seiner Rechtsstellung auf die Rechte der anderen Aktionäre einwirken könne. Da die Aktie vermögensrechtlich das Anteilsrecht des Aktionärs an Substanz und Ertrag des Unternehmens bilde, stelle die Konzerneingliederung einen Eingriff in diese Rechtsstellung dar; durch die Fremdnutzung des Unternehmens bleibe der Aktionär zwar am Risiko beteiligt, er verliere aber seinen Anteil am Gewinn.

In Fällen dieser Art, in denen die Mehrheit über den Bestand der Mitgliedschaftsrechte verfügen könne, sichert das Recht nach Mestmäcker die Position des ausgeschlossenen Gesellschafters durch einen Entschädigungsanspruch: Nach dem Umwandlungsgesetz vom 12. November 1956 könne die Hauptversammlung unter bestimmten Voraussetzungen die Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft auf eine OHG oder einen Gesellschafter beschließen, der überstimmt und ausscheidende Gesellschafter habe aber nach § 12 einen Anspruch auf Entschädigung. Wenn die Hauptversammlung die Aktiengesellschaft liquidiere, so stehe einer Minderheit von Aktionären gemäß §§ 255 I Zif. 2, 211, 206 AktG das Recht zu, zwecks Überprüfung der Liquidationsbilanz die Abwickler gerichtlich bestellen und abberufen zu lassen. Bei der Verschmelzung einer Aktiengesellschaft hafteten die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats den Aktionären ihrer Gesellschaft für den Schaden, der durch die Verschmelzung entstehe (§ 243 AktG). Schließlich sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, daß bei Ausschluß eines Gesellschafters aus einer GmbH wegen wichtigen Grundes der ausgeschlossene Gesellschafter einen Anspruch auf den vollen Wert seines Geschäftsanteils habe (112).

Diese Vorschriften wendet Mestmäcker entsprechend an, wenn eine Mehrheit das Unternehmen in den Konzern eingliedert. Die außenstehenden Aktionäre erwerben nach seiner Ansicht mit dem Abschluß des Vertrages einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich gegen die herrschende Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als begünstigte Mehrheitsaktionärin. Dieser Ausgleichsanspruch, der auch als Schadensersatzanspruch gegen

(110) Treubindungen der Aktionäre S. 70 ff

(111) Fechner a. a. O. S. 75

(112) BGHZ 9, 157

die herrschende Gesellschaft bezeichnet wird (113), besteht nach Mestmäcker in einer Rente. Die außenstehenden Aktionäre erhalten die Rente in einer Höhe, die ihrem Anteil an demjenigen Ertrag der Untergesellschaft entspricht, den diese als selbständiges Unternehmen nachhaltig zu erzielen in der Lage gewesen wäre. Die Ausgleichspflicht der herrschenden Gesellschaft soll daher weder von der Höhe der voraussichtlich von der Untergesellschaft zu zahlenden Dividende noch von der Dividende der Obergesellschaft abhängen. Enthält der Hauptversammlungsbeschluß keinen Ausgleich in Form dieser Rente, so untersucht Mestmäcker nur dessen Beseitigung. Entgegen der herrschenden Meinung hält er mit Fischer (114) den Hauptversammlungsbeschluß nicht für anfechtbar; der Beschluß sei, da er eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstelle, bei Zustimmung der freien Aktionäre wirksam, bei Verweigerung der Zustimmung aber unwirksam.

B. Die Begründung des Ausgleichsanspruchs aus der Treupflicht der Aktionäre und der Verfügung über das Mitgliedschaftsrecht geht von der Voraussetzung aus, daß rechtliche Beziehungen der Aktionäre untereinander möglich sind. Eine kritische Untersuchung wird sich daher zunächst mit dieser Frage zu befassen haben. Die Untersuchung wird sich dann weiter mit der Rechtsfolge der fehlenden Ausgleichsleistung und den damit sich aus dem geltenden Aktienrecht ergebenden Einwendungen beschäftigen.

I. Das Problem der rechtlichen Beziehungen der Aktionäre untereinander.

Die Aktiengesellschaft ist eine juristische Person. Der Begriff der juristischen Person ist nach der heute einhellig vertretenen Auffassung juristisch technischer Natur, der im wesentlichen die Trennung von Person und Korporation zum Gegenstand hat (115). Diese zum Kennzeichen erhobene Haftungs- und Risikobeschränkung drückt das Subjektsein am deutlichsten aus, die Struktur der juristischen Person liegt maßgeblich - wenn auch nicht ausschließlich - in der rechtlichen Selbständigkeit und in der Trennung von Person und Gesellschaft (116). Die Frage der rechtlichen Beziehung der Aktionäre untereinander wird von dem Begriff der juristischen Person nicht berührt, da die juristische Person als "Symbol für die Haftungsbeschränkung von Einheiten" (117) begrifflich nicht in Gegensatz zur Gesellschaft gesetzt werden kann. Sie sagt lediglich etwas aus über Rechtsfähigkeit und Trennung von Vermögensmassen, gibt aber keine Kriterien für die innere Organisation einer Aktiengesellschaft. Hierfür kommt es nur auf die beiden Grundtypen Verein und Gesellschaft an (118).

(113) Mestmäcker a. a. O. S. 351

(114) R. Fischer in JZ 1956 S. 363

(115) Staudinger-Coing Bem. III vor § 39 BGB

(116) Müller-Freienfels ACP 156 S. 522 und 531, Schreiber a. a. O. S. 12

(117) Emge, Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 12 S. 292

(118) Stoll, RG Festgabe II S. 49; Staudinger-Coing Bem. V vor § 39 BGB

Die Gesellschaft ist nach herrschender Lehre eine Personengemeinschaft mit Doppelstruktur. Als rechtlich organisierte Personengemeinschaft und Schuldverhältnis mischen sich in ihr gemeinschaftsrechtliche und schuldrechtliche Elemente in der Weise, daß "die sich aus der Gesellschaft als Schuldverhältnis ergebenden obligatorischen Beziehungen dadurch ein besonderes Gesicht erhalten, daß sie in ein Gemeinschaftsverhältnis eingebettet sind" (118a) Durch dieses die Gesellschafter verbindende doppelte Band eines gemeinschaftsrechtlichen und schuldrechtlichen Verhältnisses unterscheidet sich die Gesellschaft wesentlich von dem Verein, der von dem Mitgliederbestand unabhängig ist und bei dem es keine derartige personalistische Struktur der Mitgliedschaft gibt.

Während bei der Gesellschaft rechtliche Beziehungen der Gesellschafter untereinander einhellig anerkannt sind, sind sie bei dem Verein und insbesondere bei der Aktiengesellschaft sehr umstritten. Ausgehend von der fehlenden personalistischen Struktur des Vereins nehmen die Vertreter der sogenannten Korporationstheorie an, daß rechtliche Beziehungen nur zwischen den Aktionären und der Aktiengesellschaft, nicht aber zwischen den Aktionären untereinander bestehen (119). Die Vertreter dieser Lehre lehnen indessen rechtliche Beziehungen der Aktionäre untereinander nicht durchweg ab. Diese Auffassung ist richtig nur im Gegensatz zur sogenannten gesellschaftsrechtlichen Theorie zu verstehen. Sie lehnt zwar gesellschaftsrechtliche Vertragspflichten nach § 705 BGB, wie sie von Dorpalen (120) aus der Vorgesellschaft und von Schlegelberger (121) aus § 1 AktG abgeleitet worden sind, ab, läßt aber dennoch die Treupflicht der Aktionäre als Grundlage für rechtliche Beziehungen anderer Art zu. Die gesellschaftsrechtliche Theorie, die vor allem auf Wieland (122) zurückgeht,

(118a) Staudinger Vorbem. 20 vor § 705 mit Literatur

(119) Düringer-Hachenburg Band II Einl. II Anm. 78 vor § 210 HGB, Brodmann § 210 Anm. 1, Staub-Pinner § 178 HGB II Anm. 23, Gadow-Heinichen § 1 Anm. 3, v. Godin-Wilhelmi § 1 Anm. 1 und 4, Teichmann-Köhler § 1 Anm. 2, Ritter § 1 Anm. 2, J. v. Gierke a. a. O. S. 170, Horowitz a. a. O. S. 937, Schreiber a. a. O. S. 93, Haussmann BankArchiv 31 S. 471

(120) ZHR 102 S. 20

(121) § 1 Anm. 2 und 5, § 48 Anm. 2 AktG :

Aus der Formulierung des § 1 "Gesellschaft" mit eigener Rechtspersönlichkeit sei zu entnehmen, daß die Aktiengesellschaft aus dem Stadium vor der Eintragung und Erlangung der Rechtsfähigkeit die Eigenschaft einer Gesellschaft behalte, die rechtlichen Beziehungen aber abgeschwächt würden.

(122) HR I S. 425, 498, 609 : Nach Wieland haben alle Handelsgesellschaften eine einheitliche Rechtsnatur. Sie sind Gesellschaften, soweit sie sich auf einen Vertrag gründen, Gemeinschaften zur gesamten Hand, insofern ihr Vermögen gemeinschaftliches Vermögen aller Mitglieder ist, und juristische Personen, soweit sie nach außen als selbständige Rechtsträger zu behandeln sind.

ist insoweit richtig, als sie die starre Auffassung der Korporationstheorie überwindet und den Blick dafür freimacht, daß aus dem Wesen der Aktiengesellschaft als Verein ebenso wenig wie aus dem Wesen als juristische Person Schlüsse für das Vorhandensein rechtlicher Beziehungen der Aktionäre zueinander gezogen werden können. Die Begründung von Beziehungen aus der Vorgesellschaft ist unmöglich, da die Vorgesellschaft mit der Zweckerreichung endet und die Aktiengesellschaft in der Regel nicht Rechtsnachfolger der Gründergesellschaft ist (123). Da sich auch aus § 1 AktG eine überzeugende Begründung nicht ergibt - das Argument von Schlegelberger ist rein formal und entspricht nicht dem Gesetz, da die Aktiengesellschaft ein Verein und keine Gesellschaft ist - stützt die überwiegende Meinung die rechtlichen Beziehungen auf ein personenrechtliches Verhältnis der Aktionäre zueinander. Diese Beziehungen werden aus dem Zusammenschluß im Unternehmen (124), aus der sozialen Gemeinschaft (125) oder einfach aus dem Verhältnis der Aktionäre in einer Gemeinschaft abgeleitet, die eine Treupflicht begründen sollen (126). Auch diese Theorie von der personenrechtlichen Bindung vermag nicht zu überzeugen. Die Zurückdrängung des Einflusses der Hauptversammlung in der Geschäftsführung, die Streuung und Beweglichkeit des Aktienbesitzes (127), der Strukturwandel des Aktionärs zum reinen Geldgeber, dem das Bewußtsein, Träger des Unternehmens zu sein, fehlt, zeigen, daß die Annahme eines personenrechtlichen Verhältnisses mit der Wirklichkeit des Aktienrechts nicht übereinstimmt. "Stößt man bei der Aktiengesellschaft durch die Hülle zu dem ihr zu Grunde liegenden Substrat durch, so wird man regelmäßig keine Gemeinschaft finden" (128).

Die bisherigen Erörterungen haben ergeben, daß das Ergebnis der Korporationstheorie - es gibt keinerlei Rechtsbeziehungen - nicht richtig ist. Sie haben weiter ergeben, daß die verschiedenen Begründungen der gesellschaftsrechtlichen Theorie, obwohl sie zu dem richtigen Ergebnis führen, nicht zu überzeugen vermögen. Diese Tatsache legt es nahe, den Ausgangspunkt zu überprüfen.

Der Streit um die Treupflicht der Aktionäre wurde von zwei Entscheidungen des Reichsgerichts ausgelöst (129), die unter Bezugnahme auf den Gemeinschaftsgedanken, der das ganze Aktienrecht beherrsche, eine Treupflicht bejahten (130). Damit wurde

(123) Fechner a. a. O. S. 48

(124) Siebert DJZ 1935 S. 727 und DRW 1936 S. 251

(125) Theis, Grundfragen a. a. O. S. 7 ff

(126) Klausning in Festschrift für Schlegelberger S. 419, 433. Bergmann ZHR 105 S. 10, Claren ZAKDR 1937 S. 490, Teichmann-Köhler § 48 A 5, 5 b

(127) Kisskalt im 1. Bericht des Aktienausschusses ZAKDR 1934 S. 6 ff

(128) Fechner a. a. O. S. 55

(129) RGZ 146 S. 76 und 146 S. 395

(130) Das RG hat in RGZ 158, 254 diese Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben und eine Treupflicht der Aktionäre untereinander verneint.

durch den Begriff der Treupflicht der Inhalt der rechtlichen Beziehungen an Stelle der Beziehungen selbst zum Gegenstand der Diskussion. Geht man auf die rechtliche Beziehung selbst zurück, so zeigt sich, daß die Begründung rechtlicher Beziehungen der Aktionäre zueinander ein Hilfsmittel der juristischen Konstruktion ist, um den Aktionär gegen eine Verletzung seiner Rechtsstellung durch einen anderen Aktionär oder die Gesellschaft zu schützen. Diese rechtlichen Beziehungen sind bisher unter dem Gesichtspunkt der Treupflicht gesucht worden, eine Tatsache, die daraus zu erklären ist, daß die Stellung des Aktionärs immer nur unter dem Aspekt Gesellschafter oder Vereinsmitglied gewürdigt worden ist. Aus der Erkenntnis heraus, daß der Aktionär kein Gesellschafter ist, hat die Lehre dann versucht, dem Aktionär eine dem Gesellschafter ähnliche Position zuzuweisen und Treupflichten - eine typische Verbindungsform der Mitglieder von Personalgesellschaften - zu begründen.

Dieser Zweck der Begründung zeigt, daß der Ausgangspunkt unrichtig und die Terminologie ungenau ist. So ist es denn auch für die Gegner der rechtlichen Beziehungen recht einfach gewesen, durch Hinweis auf die tatsächlichen Verhältnisse in den Hauptversammlungen das Bestehen von Treupflichten zu leugnen. Berücksichtigt man aber den Zweck der rechtlichen Beziehungen, so kommt man zu dem richtigen Ausgangspunkt. Die Frage geht nicht dahin, ob zwischen den Aktionären ein Treueverhältnis besteht, sondern ob ein Aktionär in die Rechtsstellung des anderen Aktionärs eingreifen darf und ob hieraus Rechte des betroffenen Aktionärs abzuleiten sind. Rechtliche Beziehungen werden daher dann entstehen, wenn ein Aktionär die potentielle Möglichkeit der Einwirkung auf die Rechte eines anderen Aktionärs erlangt. Diese Möglichkeit entsteht mit dem Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung, denn in diesem Augenblick ist der Mehrheitsaktionär in der Lage, durch Aushöhlung des Anteilsrechts in die Rechtsstellung des freien Aktionärs einzugreifen. Es handelt sich somit genau betrachtet weniger um eine Begründung von bestimmten Rechten und Pflichten, deren Verletzung Ansprüche gegen den Mehrheitsaktionär auslösen könnte, als um eine Begrenzung der Verhaltensmöglichkeit der Mehrheit durch eigenes Handeln. Durch den Erwerb der Mehrheitsbeteiligung rückt der Aktionär in eine Position, in der er über den Kapitalanteil des Minderheitsaktionärs verfügen kann. Hierdurch entstehen keine Treubindungen, wohl aber, wenn man die in der Lehre übliche Terminologie beibehalten will, rechtliche Beziehungen der Aktionäre zu einander. Genau ist diese Annahme allerdings nicht, denn die Mehrheitsbeteiligung löst noch keine Rechte und Pflichten der Aktionäre aus, Rechte entstehen erst durch die tatsächliche Verfügung im Wege der Konzerneingliederung. Diese Rechte setzen aber das Bestehen von besonderen rechtlichen Beziehungen nicht voraus, da sie, wie Mestmäcker überzeugend nachgewiesen hat, kraft Gesetzes aus einer entsprechenden Anwendung der genannten Vorschriften entstehen (131).

(131) Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen Gadow-Weipert im Zusammenhang mit der Frage nach den Schutzwürdigen Belangen. Vgl. S. FN 90

Dies zeigt, daß der Streit um die Treupflichten überflüssig ist und daß man all diese Probleme vermeidet, wenn man auf diesen umstrittenen Begriff verzichtet. Auch die Begründung besonderer rechtlicher Beziehungen der Aktionäre zueinander ist letztlich überflüssig, denn der Ausgleichsanspruch entsteht kraft Gesetzes mit der Verfügung, ohne daß durch diese Verfügung bestehende Rechte verletzt sein müßten. Der Auffassung Mestmäckers ist daher insoweit zuzustimmen, als sich aus der Konzerneingliederung und damit der Verfügung über das Mitgliedschaftsrecht ein Ausgleichsanspruch gegen den Mehrheitsaktionär ergibt.

II. Die Rechtsfolgen der Verletzung der gesetzlichen Ausgleichspflicht.

Wenn im Konzernvertrag eine Ausgleichspflicht nicht vorgesehen ist, so untersucht Mestmäcker als Rechtsfolge, ob der dem Konzernvertrag zu Grunde liegende Hauptversammlungsbeschluß anfechtbar (132), nichtig oder unwirksam (133) ist. Er entscheidet sich für die Rechtsfolge der Unwirksamkeit, da der Hauptversammlungsbeschluß rechtlichen Sanktionen nur wegen der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unterstellt ist und der Minderheitsaktionär auf diesen Schutz verzichten kann. Verzichtet der konzernfreie Aktionär nicht, so gilt im Rahmen des Vertragskonzerns uneingeschränkt die Rechtsfolge der Unwirksamkeit. Bei dem Beteiligungskonzern erhält der freie Aktionär nach Mestmäcker dagegen eine Entschädigung, die "genau so zu erfolgen habe, als wäre die Konzerneingliederung kraft Vertrages ausgeführt worden".

Diese im Rahmen des Vertragskonzerns vorgesehene Unwirksamkeit bedeutet keine Sicherung des freien Aktionärs, da nur der Konzernvertrag und nicht die Abhängigkeit beseitigt werden und der Vertragskonzern sich in einen Beteiligungskonzern umwandelt. Innerhalb dieses Beteiligungskonzerns kann eine Sicherung weder durch Unwirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses noch durch ein anderes Beseitigungsrecht erfolgen, eine Tatsache, der sich auch Mestmäcker nicht verschließt, wenn er hier allgemein von einer "Entschädigung" spricht. Geht man aber im Beteiligungskonzern von den Beseitigungsrechten ab und gibt man dem Aktionär hier einen echten Leistungsanspruch, dann kann man für den Vertragskonzern eine gegenteilige Auffassung nur dann vertreten, wenn die Besonderheiten der Konzerntypen eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

Vertragskonzern und Beteiligungskonzern unterscheiden sich im Hinblick auf den konzernfreien Aktionär kaum. Der Ausgleichsanspruch wird auf die Verfügung des Mehrheitsaktionärs über das Anteilsrecht des Minderheitsaktionärs gestützt. Die Verfügung ist allein von dem Eingriff in die Struktur der Gesellschaft abhängig.

(132) so die H. M.: Gadow-Weipert § 197 Anm. 5, Hueck JZ 1955 S. 209, Schilling bei Hachenburg § 14 GmbHG Anm. 24

(133) R. Fischer JZ 1956 S. 363, Mestmäcker a. a. O. S. 367 ff

Ob dieser Eingriff auf Grund eines Vertrages oder auf Grund von Stimmenmehrheit erfolgt, ist gleichgültig. Das Problem der Sicherung des konzernfreien Aktionärs im Beteiligungskonzern liegt nicht in der rechtlichen Begründung des Ausgleichsanspruchs, sondern in dem Nachweis, daß eine konzernmäßige Abhängigkeit gegeben ist. Diese Ermittlung des Konzerntatbestandes ist im Vertragskonzern einfach, da hier das Maß der Abhängigkeit aus den Vertragsbedingungen ohne weiteres ersichtlich ist. Bei dem Beteiligungskonzern muß das Verhältnis in jedem Einzelfall aus dem Geschäftsbetrieb der Untergesellschaft, also aus der Art der Marktverbindungen, der Preisgestaltung gegenüber der herrschenden Gesellschaft, der Konkurrenzlage ermittelt werden. Das von Mestmäcker (134) in diesem Zusammenhang herangezogene Indiz der "schutzwürdigen Belange" scheint indessen keine wesentliche Bedeutung zu haben. Wenn bei der Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen bei einer Aktiengesellschaft die Frage streitig werden sollte, ob eine andere Gesellschaft eingegliedert ist, so wird sie im Rahmen von §§ 197 Abs. 2, 101 Abs. 3 AktG sich nicht auf die Wahrung schutzwürdiger Belange berufen, sondern die Tatsache der Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile, also die Begründung der konzernmäßigen Abhängigkeit bestreiten. Das Argument der Wahrung schutzwürdiger Belange wird in der Regel nur dann vorgebracht werden, wenn die Tatsache der Eingliederung nicht bestritten werden kann. Da beide Konzernformen sich im Hinblick auf den konzernfreien Aktionär und seinen Ausgleichsanspruch nicht unterscheiden, ist eine unterschiedliche Behandlung in den Rechtsfolgen nicht gerechtfertigt. Die von Mestmäcker aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht gezogene Folgerung ist daher nicht genügend.

Betrachtet man die zur Begründung herangezogenen Vorschriften, so zeigt sich, daß alle Normen einen klagbaren Anspruch auf Leistung enthalten: Der ausscheidende Aktionär, dessen Gesellschaft ihr Vermögen auf eine andere Gesellschaft oder einen Gesellschafter übertragen hat, kann den Abfindungsanspruch einklagen; der Schadensersatzanspruch aus § 243 AktG ist einechter Leistungsanspruch und der ausgeschlossene GmbH - Gesellschafter hat nach der Rechtsprechung keinen Rechtsanspruch auf Rückgängigmachung des Ausschlusses, sondern einen klagbaren Anspruch auf Auszahlung eines Abfindungsbetrages. Es fragt sich daher, ob man dem konzernfreien Aktionär nicht auch einen klagbaren Leistungsanspruch zusprechen kann. Dieser Annahme stehen nach geltendem Recht Bedenken wegen des Verbotes der verdeckten Gewinnausschüttung und wegen § 101 Abs. 7 entgegen.

1. Gemäß §§ 52, 54 AktG dürfen Leistungen an einen Aktionär nur im Rahmen der zur Verteilung vorgesehenen Reingewinne erfolgen. Der gesetzliche Ausgleichsanspruch ist nicht gegen die herrschende Gesellschaft als Aktiengesellschaft, sondern als Mehrheitsaktionärin gerichtet. Es handelt sich somit nicht um den Anspruch eines Aktionärs gegen seine Gesellschaft, sondern um den Anspruch eines außenstehenden Gläubigers gegenüber der Aktiengesellschaft. Dieser Anspruch unterliegt, wie Mest-

mäcker zutreffend feststellt (135). keinen Beschränkungen durch das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung.

2. Nach § 101 Abs. 1 AktG ist, wer unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft gesellschaftsfremde Sondervorteile verfolgt, schadensersatzpflichtig. Erfolgt die Einflußnahme aber durch *Stimmrechtsausübung*, so sind Schadensersatzansprüche ausgeschlossen.

Diese Einschränkung des § 101 Abs. 7 AktG bezieht sich dem Wortlaut nach nur auf die Ansprüche des Absatz 1, also auf Schadensersatzansprüche. Dieses Verbot könnte einen echten Leistungsanspruch dann nicht verhindern, wenn es sich bei dem Entschädigungsanspruch um einen gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch handeln würde und die Einschränkung des § 101 Abs. 7 nur auf Schadensersatzansprüche beschränkt wäre. Eine solche Auslegung würde aber dem Willen und der Systematik des Aktienrechts nicht gerecht. Die Vorschrift muß im Zusammenhang mit § 197 Abs. 2 AktG gesehen werden: Nach dem geltenden Aktienrecht soll der Aktionär bei der Stimmrechtsausübung keinerlei Beschränkungen unterworfen sein, bei einem Mißbrauch greift das hierfür besonders eingeräumte Anfechtungsrecht wegen Stimmrechtsausübung zur Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile ein. Da nicht nur Schadensersatzansprüche, sondern Ersatzansprüche jeder Art ausgeschlossen sein sollen, kann es hier dahingestellt bleiben, ob der Ausgleichsanspruch ein Schadensersatz- oder ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch ist.

Das Problem des § 101 Abs. 7 AktG kann auch nicht dadurch gelöst werden, daß als Rechtsgrund der Entschädigungspflicht nicht die Stimmrechtsausübung, sondern die Verfügung über das Mitgliedschaftsrecht gesehen wird (136). Die Einschränkung soll verhindern, daß dem Aktionär Nachteile aus der Stimmrechtsausübung entstehen, um die Entscheidung des Aktionärs nicht durch Furcht vor möglichen Ersatzansprüchen zu beeinflussen. Sie stellt damit zwar nicht grundsätzlich Verfügungen über das Mitgliedschaftsrecht von Entschädigungsansprüchen frei. Erfolgt der Eingriff aber im Wege der Stimmrechtsausübung, wie dies bei einer Konzerneingliederung in der Regel der Fall sein wird, dann gibt es nach dem Wortlaut des geltenden Rechts auch dann nur die Anfechtung nach § 197 AktG, wenn der Aktionär mit der Stimmrechtsausübung gesellschaftsfremde Sondervorteile verfolgt.

Obwohl der Wille des Gesetzgebers, Ersatzansprüche bei Stimmrechtsausübung auszuschließen, im Gesetz einen ausdrücklichen und eindeutigen Niederschlag gefunden hat, kann die Möglichkeit einer ergänzenden Gesetzesauslegung nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden. Der Gesetzgeber hat bei Einführung der konzernrechtlichen Vorschriften die Probleme des Minderheitenschutzes nicht voll-

(135) a. a. O. S. 355

(136) so Mestmäcker a. a. O. S. 354

ständig und abschließend geregelt, Dies ist allgemein anerkannt (137). Er ist bei Einführung dieser Schutzbestimmungen davon ausgegangen, daß die Anfechtung das wirksame Sicherungsmittel des freien Aktionärs gegen die Übergriffe der Mehrheit sei, eine Auffassung, die sich nicht bestätigt hat. Die tatsächlichen Verhältnisse zeigen, daß das Anfechtungsrecht, soweit es überhaupt ausgeübt werden kann, den außenstehenden Aktionär nicht schützt. Nichts zeigt die effektive Schutzlosigkeit des konzernfreien Aktionärs deutlicher als die Tatsache, daß es - soweit ersichtlich - keine obergerichtliche Entscheidung aus den letzten zwei Jahrzehnten gibt, mit der ein freier Aktionär durch Aufhebung des Konzernverhältnisses im Wege der Anfechtung gegen die "privatrechtliche Enteignung" durch die Mehrheit geschützt worden wäre. Zwar ist eine abschließende Lösung dieses Problems nicht Sache der Rechtsanwendung, sondern des Gesetzgebers, der mit dem Referentenentwurf vom 7. Oktober 1958 einen Schritt zur Aktienrechtsreform getan hat. Die Rechtsprechung kann aber angesichts der aufgezeigten Mängel nicht ohne weiteres am Wortlaut des Gesetzes haften bleiben und die Lösung der drängenden Fragen bis zur Entscheidung des Gesetzgebers aufheben. Jedenfalls sollten bei der grundlegenden Neugestaltung des Aktienrechts die Mängel der Anfechtungsrechte nicht übersehen werden.

III. Der Inhalt des Entschädigungsanspruchs.

1. Der Entschädigungsanspruch des konzernfreien Aktionärs kann entweder als schuldrechtlicher Schadensersatzanspruch oder als gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch aufgefaßt werden. Mestmäcker bezeichnet seinen Anspruch als Schadensersatzanspruch (138), geht aber auf diese Frage nicht näher ein. Nimmt man die zur Analogie herangezogenen Vorschriften zu Hilfe, so kann man aus § 243 AktG einen schuldrechtlichen Schadensersatzanspruch, aus § 12 UmwG einen gesellschaftsrechtlichen Abfindungsanspruch begründen. Es fragt sich aber, ob aus diesen eine Analogie hinsichtlich einer bestimmten Rechtsfolge gezogen werden kann,

Den zur Analogie herangezogenen Vorschriften ist lediglich gemeinsam, daß eine Verpflichtung zur Entschädigung des außenstehenden Aktionärs begründet wird. Die Durchsetzung dieses Ausgleichsanspruchs wird mit verschiedenen Mitteln erreicht: Dem Aktionär steht das Recht auf Abberufung der Abwickler aus wichtigem Grund zu, er kann bei einer Vermögensübertragung einen Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand geltend machen und bei einer Umwandlung sowie dem Ausschuß eines GmbH-Gesellschafters eine Abfindung von der Gesellschaft verlangen. Diese verschiedenartigen Rechtsfolgen machen es unmöglich, aus den zur Analogie herangezogenen Vorschriften die rechtliche Natur des Ausgleichsanspruchs zu bestimmen, da aus der Sum-

(137) vgl. S. 38 FN 52 und 53

(138) S. 60 FN 113

me der Vorschriften keine einheitliche Rechtsfolge hervorgeht und die einzelne Vorschrift den hier vorliegenden Fall nicht genügend trifft. Die Rechtsfolge kann daher nur aus dem Wesen und dem Inhalt des Entschädigungsanspruches selbst bestimmt werden.

Ein Schadensersatzanspruch setzt einen rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in die Rechte anderer voraus, die Ersatzpflicht ist außer an die objektive Voraussetzung des Eingriffs an das Vorliegen eines Verschuldens geknüpft. Bei einem gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch löst dagegen die Tatsache der Entziehung des Anteilsrechts unabhängig von subjektiven Erfordernissen die Entschädigungspflicht aus. Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich deutlich, daß der aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht fließende Anspruch nur ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch sein kann, da die Ausgleichspflicht allein aus der Verfügung über das Mitgliedschaftsrecht entsteht.

2. Als Inhalt des gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruchs ist zunächst ein Anspruch auf Kapitalabfindung denkbar. Auf diesen Anspruch weisen die zur Analogie herangezogenen Vorschriften hin : sowohl § 12 UmwG als auch der von der Rechtsprechung entwickelte Anspruch des ausgeschlossenen GmbH - Gesellschafters haben eine einmalige Geldleistung zum Gegenstand, für deren Höhe nicht der Nennbetrag oder der Kurswert der Aktien, sondern der sich aus der Umwandlungsbilanz ergebende tatsächliche Wert des Gesellschaftsvermögens gilt (139). Diese einmalige Kapitalabfindung kann den freien Aktionär aber nur unvollkommen entschädigen, da er an Stelle einer laufenden Beteiligung eine Geldentschädigung erhält und so - zwar gegen eine Abfindung - aus der Gesellschaft verdrängt wird. Mestmäcker gewährt daher dem Aktionär einen Rentenanspruch, der sich hinsichtlich der Höhe nach dem Gewinn der Untergesellschaft richtet, den diese nachhaltig zu erzielen in der Lage gewesen wäre. Ist ein solcher Rentenanspruch aber noch denkbar, nachdem der Gesetzgeber im Jahr 1956 mit dem neuen Umwandlungsgesetz den Abfindungsanspruch in Form der Kapitalentschädigung festgelegt hat ?

Das Umwandlungsgesetz von 1956 geht auf das Umwandlungsgesetz vom 5. Juli 1934 zurück. Nach § 10 dieses Gesetzes konnten Umwandlungsbeschlüsse nur einstimmig gefaßt werden, Minderheitenprobleme traten daher nicht auf. Diese ergaben sich erst durch §§ 4, 6 der 3. DVO zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 2. Dezember 1936, nach denen die Umwandlung mit 3/4 Mehrheit zulässig war und die an der neuen Gesellschaft nicht beteiligten Gesellschafter einen Anspruch auf angemessene Abfindung unter Berücksichtigung des Wertes ihrer Aktien hatten. Dieser Abfindungsanspruch wurde von der Rechtslehre von Anfang an dahin ausgelegt, daß der ausscheidende Aktionär nur einen Anspruch auf Kapitalabfindung, nicht aber auf eine fortlaufende Entschädigung oder eine Beteiligung an der neuen

(139) Crisolli-Groschuff-Kaemmel § 10 UmwG Anm. 8

Gesellschaft hat (140), eine Auslegung, die auch für den neuen § 12 UmwG beibehalten wird (141).

Obwohl Umwandlung und Konzerneingliederung sich in ihren Auswirkungen auf die Stellung des freien Aktionärs entsprechen, da in beiden Fällen eine Mehrheit über die Rechte der Minderheit verfügt, so kann doch die Regelung des Umwandlungsgesetzes für die Ausgestaltung der allgemeinen Rechte des konzernfreien Aktionärs nicht verbindlich sein. Aus dieser Regelung läßt sich zwar ableiten, daß der Aktionär bei Entzug seiner Rechte einen Ausgleich durch positive Leistungsansprüche erhalten soll, die Bedeutung einer erschöpfenden Festlegung des Inhalts der Minderheiten-Rechte kommt ihr jedoch nicht zu. Das Umwandlungsgesetz von 1934 hatte lediglich den Zweck, die Abkehr vom anonymen Gesellschaftskapital zu fördern. Auch die 3. DVO von 1936 stellt mit dem Abfindungsanspruch keine inhaltlich verbindliche Festlegung der Ausgleichsansprüche dar. Noch bei Schaffung des Aktiengesetzes im Jahre 1937 hat der Gesetzgeber auf eine abschließende Regelung dieser Probleme verzichtet, da die Zeit für eine Regelung nicht reif schien. Das Umwandlungsgesetz von 1956 stellt schließlich nur eine endgültige Übernahme der bisher zeitlich begrenzten Vorschriften in den Bestand des Handelsrechts dar, da sich in der Praxis unabhängig von dem früheren Zweck des Gesetzes ein echtes Bedürfnis nach einer Umwandlungsmöglichkeit gezeigt hat (142).

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß dem Aktionär bei Eingliederung seines Unternehmens gegen die herrschende Gesellschaft als Mehrheitsaktionärin in entsprechender Anwendung der §§ 12 UmwG, 255 Abs. 1 Zif. 2, 211, 206, 243 AktG und der von der Rechtsprechung zum Ausschluß von GmbH - Gesellschaftern aufgestellten Grundsätze ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch zusteht. Dieser Anspruch ist ein echter Leistungsanspruch, der trotz § 101 Abs. 7 AktG mit der Verfügung über das Mitgliedschaftsrecht ohne Verschulden des Mehrheitsaktionärs entsteht. Er ist auf Zahlung einer wiederkehrenden Geldleistung (Rente) gerichtet, die entweder nach dem Gewinn der Untergesellschaft oder der Obergesellschaft berechnet wird. Welcher dieser beiden Ansprüche zu bevorzugen ist, wird später im Zusammenhang mit den anderen Ausgleichsansprüchen behandelt werden.

§ 13 Der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung.

Durch die Konzerneingliederung verfügt der Mehrheitsaktionär über das in der Aktie verkörperte Anteilsrecht des freien Aktionärs. Dieses Anteilsrecht ist ein sonstiges

(140) Quassowski DJ 1934 S. 1630, Crisolli JW 1935 S. 175 und § 10 UmwG Anm. 8, Böttcher-Meilicke 4. Aufl. § 12, 13 Anm. 6

(141) Böttcher-Meilicke 5. Aufl. §§ 12, 13, Veith-Börnstein §§ 12, 13 Anm. 4, Franta Betrieb 1956 S. 1198, Gessler BB 1956 S. 1178

(142) vgl. die amtliche Begründung zum Entwurf des UmwG, Bundestagsdrucksache 2402, abgedruckt bei Veith-Börnstein S. 365

Recht im Sinn des § 823 Abs. 1 BGB (143). Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches sind daher gegeben, wenn der herrschenden Gesellschaft keine Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen und der Eingriff schuldhaft erfolgt ist. Diese Erfordernisse des § 823 Abs. 1 BGB werden in der Regel gegeben sein. Als Rechtfertigungsgrund kommt die Wahrung berechtigter Interessen gemäß § 101 Abs. 3 AktG in Frage, die aber nur dann möglich ist, wenn die Rechte des außenstehenden Aktionärs durch Ausgleichsleistungen gesichert sind. Wird ein Ausgleich gewährt, so wird ein Schadensersatzanspruch meist auch daran scheitern, daß es an einem Schaden des freien Aktionärs fehlt. Das Verschulden der herrschenden Gesellschaft wird regelmäßig vorliegen, da es sich nur auf die Rechtsgutverletzung, also auf den Abschluß des Konzernvertrages beziehen muß.

Dieser Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wird durch den gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch nicht ausgeschlossen. Beide Ansprüche stehen in Anspruchskonkurrenz, da sie verschiedene Voraussetzungen haben und somit für eine Gesetzeskonkurrenz kein Raum ist. Allerdings bestehen auch diesem Anspruch gegenüber die Bedenken aus § 101 Abs. 7 AktG, da die unerlaubte Handlung durch Stimmrechtsausübung begangen wird. Insoweit gelten die Ausführungen zu dem gesetzlichen Ausgleichsanspruch entsprechend.

Dem freien Aktionär steht daher neben dem Entschädigungsanspruch aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zu. Beide Anspruchsgrundlagen gewähren eine Rente, deren Höhe noch erörtert werden wird.

III. Das Umtauschrecht von Aktien

§ 14 Begriff und Arten des Umtauschrechts.

Der Entschädigungsanspruch aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht gewährt dem freien Aktionär eine Rente, die entweder dem Gewinn der Obergesellschaft oder dem der Untergesellschaft entspricht. Dieser Anspruch beschneidet die Rechtsstellung des außenstehenden Aktionärs in doppelter Hinsicht: Sie bindet ihn einmal an eine Rente, die keinen Ausgleich für eine echte Beteiligung gewährt, da sie der Höhe nach festgelegt ist und schwer Änderungen zuläßt; wird die Rente nach dem Gewinn der Untergesellschaft festgesetzt, so tritt hinzu, daß der Kapitalanteil des freien Aktionärs dem Interesse des Konzerns dient und den Konzerngewinn ermöglicht, daß sich sein Gewinnanteil aber nur nach dem Gewinn der Untergesellschaft bemisst. Die Rente gibt dem Aktionär zwar eine gewisse Sicherung gegen die Aushöhlung seines Anteilsrechts, sie allein vermag aber die durch die Konzerneingliederung

(143) RGZ 100, 278; 158, 255

eingetretenen Nachteile nicht auszugleichen.

Eine echte Wahrung der Rechte des außenstehenden Aktionärs ist nur dann gegeben, wenn ihm über den Rentenanspruch hinaus das Recht zusteht, entweder seine Aktien gegen eine Entschädigung an die herrschende Gesellschaft abzugeben oder in einem angemessenen Umfang an der herrschenden Gesellschaft beteiligt zu werden, damit er an dem Konzerngewinn teilhaben kann. Dem Aktionär muß daher das Recht zustehen, seine Aktien gegen Kapitalabfindung oder gegen Aktien der herrschenden Gesellschaft umzutauschen.

Diese beiden Arten des Umtauschrechts unterscheiden sich in ihrem Ziel und in ihren Auswirkungen wesentlich. Das Recht auf Umtausch von Aktien gegen Kapitalabfindung, genauer als Rückgaberecht gegen Abfindung bezeichnet, ähnelt dem Rücktritt wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Der freie Aktionäre, der die Aktien der abhängigen Gesellschaft vor der Eingliederung in den Konzern erworben hat, soll wegen der tiefgreifenden Wandlung des Unternehmenscharakters und aller damit verbundenen Folgen nicht an diese Beteiligung gebunden sein. Ein Verkauf im freien Handel kann aber zu erheblichen Verlusten führen, die nicht in der Person des Aktionärs ihre Ursache haben. Einer Konzerneingliederung geht wie einer Umwandlung meist eine Kurssteigerung voraus, da der Mehrheitsaktionär bis zu einer bestimmten Beteiligung Aktien aufkauft. Nach Erwerb der 75%igen Beteiligung erfolgt dann in der Erwartung der Eingliederung oder der Umwandlung ein Kursrückgang, der dem freien Aktionär einen erheblichen Verlust bringen kann (144). Diese negativen Auswirkungen können vermieden werden, wenn die herrschende Gesellschaft die Aktien gegen eine bestimmte Entschädigung übernehmen muß.

Das Umtauschrecht gegen Aktien verfolgt hingegen den Zweck, den Aktionär am Gewinn der herrschenden Gesellschaft zu beteiligen. Da sein Kapitalanteil im wesentlichen der herrschenden Gesellschaft zu Gute kommt, soll sich auch sein Gewinn dieser Tatsache anpassen. Diese Beteiligung könnte allerdings auch dadurch gesichert werden, daß die Rente an den Gewinn der Obergesellschaft angepasst wird, also die Form einer Dividendengarantie bekommt. Es soll in diesem Zusammenhang noch dahingestellt bleiben, ob nicht durch die fehlende Beziehung zwischen dem entzogenen Recht und dem Geschäftsergebnis der Obergesellschaft eine Beteiligung am Gewinn der herrschenden Gesellschaft überhaupt ausgeschlossen ist. Würde man dem Aktionär nur eine Rente in dieser Höhe geben, so wäre er von jeder Einflußnahme auf den Konzern ausgeschlossen. Er hätte zwar einen der in der herrschenden Gesellschaft ausgeschütteten Dividende entsprechenden Gewinn, eine Einflußnahme auf die Höhe dieses Gewinnes wäre aber nicht möglich. Da die Aktie neben dem Gewinnanteils-

(144) Dazu Meilicke in "Die Aktiengesellschaft" 1957 S. 3 für den Fall der Umwandlung: die Kursverluste werden dadurch verstärkt, daß vorsichtige Investitionäre aus der AG herausgehen, sobald eine Gruppe 75% hat.

recht auch die Verwaltungsrechte enthält und diese Verwaltungsrechte auch durch die Eingliederung ausgehöhlt werden, kann eine vollkommene Sicherung nur durch das Umtauschrecht gegen Aktien der Konzernobergesellschaft verwirklicht werden.

Das Umtauschrecht gegen Kapitalabfindung und gegen Aktien sind Rechte, die sich ergänzen und die dem Aktionär wahlweise zur Verfügung stehen müssen. Dies zeigt ein Blick auf die Folgen, die sich aus der ausschließlichen Bejahung eines der beiden Rechte ergeben würde. Gibt man dem Aktionär nur das Recht auf Umtausch gegen Kapitalabfindung, so wird er zu einem Verkauf seiner Aktien gezwungen. Die Mehrheit hätte es dann in der Hand, durch Konzerneingliederung den freien Aktionär gegen eine Abfindung aus der Gesellschaft auszuschließen, ein Ergebnis, wie es nach § 12 UmwG dem geltenden Recht entspricht. Dieses Rückgaberecht würde dazu führen, daß der freie Aktionär in kurzer Zeit zur Seltenheit werden wird. Diese Erscheinung mag im Zug der wirtschaftlichen Entwicklung liegen, sie sollte aber umso weniger unterstützt werden, als große Anstrengungen unternommen werden, den Kapitalmarkt durch Einbeziehung der kleinen Sparer funktionsfähiger zu gestalten. Wenn man das Ziel eines funktionierenden Kapitalmarktes durch Beteiligung breiterer Kreise an den Investitionen erreichen will, um dadurch die Selbstfinanzierung der Gesellschaften auf ein angemessenes Maß zurückzuführen (145), so darf der Aktionär durch die Konzernbildung nicht gezwungen werden, seine Aktien zu verkaufen. Der Notwendigkeit des Verkaufs der Aktien kann auch nicht entgegengehalten werden, daß ein Aktionär immer mit der Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse und mit einer Aufgabe seiner Beteiligung rechnen müsse. Das Problem liegt ja gerade darin, daß diese Aufgabe der Beteiligung nicht freiwillig erfolgt, sondern in einem für den Aktionär möglicherweise ungünstigen Augenblick durch Ereignisse ausgelöst wird, die allein dem Bereich der herrschenden Gesellschaft zugerechnet werden müssen.

Würde somit die Zubilligung eines Umtauschrechts gegen Kapitalabfindung den Aktionär benachteiligen, so würde umgekehrt auch das Umtauschrecht gegen Aktien den Interessen des Aktionärs nicht immer Rechnung tragen. Dem Aktionär wird es nicht in jedem Fall gleichgültig sein, ob er an Stelle seiner Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft eine im Verhältnis geminderte Beteiligung an der Konzernobergesellschaft bekommt. Eine angemessene Sicherung ist nur dann möglich, wenn beide Rechte wahlweise gegeben sind.

§ 15 Die rechtlichen Grundlagen des Umtauschrechts gegen Kapitalabfindung.

Das Aktienrecht kennt keinen allgemeinen Anspruch auf Umtausch von Aktien, weder gegen Kapitalabfindung noch gegen Aktien einer anderen Gesellschaft. Lediglich § 266 AktG enthält für den Sonderfall der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH das Recht der Aktionäre, die Aktien gegen GmbH - Anteile

(145) Kahl, Macht und Markt S. 180 ff

umzutauschen. Diese Umwandlung hat keine Ähnlichkeit mit der Eingliederung einer Aktiengesellschaft in einen Konzern, die Sicherung der Rechte einzelner Aktionäre ist hier nicht in Frage gestellt. Da das Umtauschrecht hier einen rein technischen Grund hat, kann durch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften das Umtauschrecht nicht begründet werden.

Größere Ähnlichkeit weisen dagegen der zur Begründung der gesetzlichen Ausgleichspflicht herangezogene § 12 UmwG und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abfindung des ausgeschlossenen GmbH - Gesellschafters auf. In beiden Fällen wird zwar kein ausdrückliches Umtauschrecht begründet. Da bei dem Umtauschrecht gegen Kapitalabfindung aber die Betonung auf der Kapitalabfindung liegt und es sich dabei um die Rückgabe der Aktien gegen Entschädigung handelt, kann man diesen Rechtsgedanken zur Begründung des Umtauschrechts gegen Kapitalabfindung heranziehen. Dies ist umso eher möglich, als Umwandlung und Konzerneingliederung sich sowohl in den Auswirkungen auf das Unternehmen als auf die Person des Aktionärs entsprechen. In beiden Fällen wird die Aktiengesellschaft in eine andere Rechtsform überführt, wobei die eingegliederte Konzerngesellschaft wegen der durch die totale Verschiebung der inneren Organisation entstandenen Auswirkungen als eigene Rechtsform gewertet werden kann. Gleich liegen auch die Verhältnisse hinsichtlich des Aktionärs: Bei der Umwandlung wird er *de iure*, bei der Konzerneingliederung *de facto* aus dem Geschäftsergebnis der Gesellschaft verdrängt.

Die Entschädigung kann entweder durch Übernahme der Aktien zu einem fairen Börsenkurs erfolgen oder durch eine Entschädigung entsprechend dem Wert der eingegliederten Gesellschaft im Zeitpunkt der Konzerneingliederung. Gegen eine Option auf den Umtausch von Aktien zu dem Mindestpreis eines Börsenkurses des Stichtages, an dem die Erwartungen des Unternehmenszusammenschlusses den Kurs noch nicht beeinflusst haben, äußert Ballerstedt (146) das Bedenken, daß hierdurch spekulative Absichten gefördert würden. Dieser Einwand ist wenig überzeugend, da nicht die Minderheit der freien Aktionäre, sondern die herrschende Gesellschaft über die Eingliederung entscheidet. Die Entschädigung nach einem bestimmten Börsenkurs ist aber deshalb bedenklich, weil die Festlegung dieser Entschädigung großen Unsicherheiten unterworfen ist und dem Aktionär für seine Aufgabe der Beteiligung keine angemessene Entschädigung gibt. Aus diesem Grund hat die Rechtslehre für den § 6 der 3. DVO zum Umwandlungsgesetz trotz der Formulierung "unter Berücksichtigung des Wertes seiner Aktien" mit wenigen Ausnahmen die Auffassung vertreten, daß es auf den inneren Wert der Gesellschaft, wie er sich aus der Abschichtungsbilanz ergibt, ankommt (147). Diese Auffassung ist in § 12 UmwG von 1956 übernommen worden, die den Hinweis auf den Wert der Aktien nicht mehr enthält. Wenn man daher die Vorschriften über die übertragende Umwandlung zur Begründung des Ausgleichsan-

(146) Betrieb 1957 S. 841

(147) vgl. die Literaturangaben S. 69 FN 140, 141

spruchs heranzieht, so ist es folgerichtig, auch den Inhalt des Entschädigungsanspruches nach diesen Vorschriften zu bestimmen. Dem konzernfreien Aktionär steht daher das Recht auf Umtausch seiner Aktien gegen eine Kapitalabfindung in Höhe des anteiligen Geschäftswerts zu (§ 148).

§ 16 Die rechtlichen Grundlagen des Umtauschrechts gegen Aktien.

I. Da es kein allgemeines Umtauschrecht im geltenden Recht gibt, könnte man versuchen, auch dieses Umtauschrecht aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht zu begründen. Hierbei ist zu beachten, daß der Ausgleichsanspruch sich gegen die herrschende Gesellschaft als Mehrheitsaktionärin richtet. Wenn daher die herrschende Gesellschaft selbst Aktionärin ist und in dieser Eigenschaft die Eingliederung durchsetzt, so kann ein Anspruch gegen sie erwachsen. Nimmt sie aber die Eingliederung wie dies häufig der Fall ist, über eine Tochtergesellschaft an, so ist der Anspruch nicht, vor, so ist Aktionärin nur die Tochtergesellschaft und das Umtauschrecht kann nur gegen diese geltend gemacht werden. Dann bekommt der freie Aktionär aber ebenso wenig Aktien der Konzernobergesellschaft wie in dem Fall, in dem die Eingliederung durch personelle Verflechtung oder durch die Beteiligung eines Mehrheitsaktionärs an beiden Gesellschaften erfolgt. Hat beispielsweise A die Mehrheit in der B und C AG., und setzt er die Eingliederung der B AG. in den von der C AG. geleiteten Konzern durch, so kann nach der gesetzlichen Ausgleichspflicht nur ein Anspruch gegen den Aktionär A entstehen. Gegen diesen können aber nur Entschädigungs- oder Kapitalabfindungsansprüche geltend gemacht werden, da er zum Umtausch gegen Aktien der herrschenden Gesellschaft nicht verpflichtet werden kann. Schon aus diesem Grund ist die gesetzliche Ausgleichspflicht wenig geeignet, ein Umtauschrecht gegen Aktien der Obergesellschaft zu rechtfertigen.

Weiter ist zu beachten, daß der sich aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht ergebende Anspruch auf Kapitalabfindung oder eine Rente gerichtet ist. Zwar stellt die Regelung des Umwandlungsgesetzes keine Ausnahme der Regelung des Minderheitenschutzes dar, und das Umtauschrecht wird durch § 12 UmwG nicht ausgeschlossen. Die zur Begründung herangezogenen Vorschriften enthalten aber keine Rechtsfolge, die in Richtung eines Umtauschrechts gegen Übernahme von Aktien weisen würde. Daher kann zwar ein Rechtsanspruch aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht abgeleitet werden, zur Begründung dieses Umtauschrechts ist sie aber auch aus diesem Grund nicht geeignet.

II. Das Umtauschrecht gegen Aktien hat das Ziel, dem Aktionär die Beteiligung an dem Gewinn seiner Gesellschaft zu erhalten. Da dieser Gewinn in die Obergesellschaft übergeleitet worden ist, geht dies nur im Wege einer Beteiligung an der Konzernobergesellschaft.

(148) zu dem Problem der Berechnung des Geschäftswerts vergleiche Böttcher-Meilicke 5. Aufl. § 12, 13 Anm. 27

Die Rechtsstellung des freien Aktionärs entspricht, wie schon mehrfach angedeutet wurde, der des Minderheitsaktionärs bei der übertragenden Umwandlung gemäß § 15 UmwG auf den Hauptgesellschafter. Nach den §§ 9, 10 UmwG kommt eine derartige Umwandlung durch Beschluß mit 3/4 Mehrheit zustande, die Minderheitsaktionäre scheiden damit aus der Gesellschaft aus. Diese Einwirkungsmöglichkeit ist besonders groß, weil es anerkannten Rechts ist, daß der Hauptaktionär, auf den dann umgewandelt wird, erst zum Zweck der Umwandlung durch Übertragung der notwendigen Anteile auf eine natürliche oder juristische Person gebildet wird (149). Zwar bekommt der Minderheitsaktionär eine Abfindung, diese einmalige Kapitalzahlung vermag aber seine Rechtsstellung ebenso wenig zu sichern wie das Umtauschrecht gegen Kapitalabfindung den konzernfreien Aktionär. So wie im Konzernrecht in der Lehre allgemein anerkannt ist, daß dem Aktionär eine Entschädigung zustehen müsse, sind bezüglich der übertragenden Umwandlung Stimmen laut geworden, die vor der Bedenklichkeit der gesetzlichen Regelung warnen.

Kreifels (150), Meilicke (151) und vor allem Baumbach (152) haben auf die Unvereinbarkeit dieser gesetzlichen Regelung mit rechtsstaatlichen Grundsätzen hingewiesen. Während aber Kreifels und Meilicke offensichtlich keine andere Möglichkeit als die der Gesetzesänderung sehen - die von der h. M. vertretene Auffassung, daß die Abfindung nur in einer Kapitalentschädigung bestehen kann, wird aufrechterhalten - versucht Baumbach eine Lösung durch Rückgriff auf allgemeine aktienrechtliche Grundsätze zu finden. Er schlägt die Anwendung des aktienrechtlichen Gleichbehandlungssatzes, des § 197 AktG und der guten Sitten vor, um den Hauptaktionär über diese Vorschriften zu zwingen, den freien Aktionär an der neuen Gesellschaft zu beteiligen.

Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre ist der geeignete Ansatzpunkt für die Sicherung der Rechte des konzernfreien Aktionärs. Da das Umtauschrecht dem freien Aktionär einen angemessenen Anteil am Geschäftsgewinn sichern soll, liegt die Begründung aus dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre nahe.

Der Gleichheitssatz ist eine der Grundlagen des Aktienrechts, die in ihrer allgemeinen Form keine Aufnahme in das Gesetz gefunden hat. Die Folge hiervon ist, daß die rechtliche Begründung und die Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungssatzes sehr umstritten sind. Zur Beantwortung der hier gestellten Frage kommt es im

(149) Ob diese Form der Umwandlung zulässig ist oder nicht, kann hier dahin gestellt bleiben.

(150) GmbH Rundschau 1957 S. 19

(151) Die Aktiengesellschaft 1957 S. 19

(152) Aktiengesetz, § 9 UmwG Anm. 3

wesentlichen darauf an, welche Rechtsfolgen aus der Verletzung des Gleichbehandlungssatzes gezogen werden können. Da diese Frage aber unlösbar mit der der rechtlichen Begründung verbunden ist, erscheint es angebracht, zunächst dieses Problem zu erörtern.

A. Die Begründung des Gleichbehandlungssatzes durch die Rechtsprechung.

Die Rechtsprechung hat sich im allgemeinen mit der Begründung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wenig befaßt, sondern ihn ohne genauere Begründung als allgemeines Prinzip anerkannt (153). Das Reichsgericht versuchte den Gleichheitssatz in einer Entscheidung durch einen Umkehrschluß aus § 185 HGB zu rechtfertigen (154): aus der Zulassung der ursprünglichen unterschiedlichen Behandlung der Aktionäre wird das Verbot einer nachträglichen Verschiedenstellung abgeleitet, indem im Wege der Auslegung das Wort "nur" eingeschoben wird. Diese Begründung hat allgemein keine Zustimmung gefunden. Im Aktienrecht herrscht der Grundsatz der Verbandsautonomie, so daß die Vereinigung sich auch später noch statutarische Bestimmungen beilegen kann, die sie sich bei Feststellung der Satzung beizulegen vermocht hätte. Zwar gilt dieses Prinzip der Verbandsautonomie nicht uneingeschränkt, die Rechtsprechung des Reichsgerichts läßt aber eine Erklärung darüber vermissen, warum gerade § 185 HGB eine Durchbrechung des Grundsatzes der Verbandsautonomie sein soll. Darüberhinaus ist es fraglich, ob der umfassende Gleichbehandlungsgrundsatz aus einer einzelnen Vorschrift wie § 185 HGB abgeleitet werden kann. Der Gleichheitssatz ist nicht nur ein aktienrechtliches Prinzip, als Begründung kann daher nicht eine vereinzelt gesellschaftsrechtliche Vorschrift gelten (155).

Diese Begründung hat, da sie einen Schutz der Minderheitsaktionäre nur in engem Rahmen zuließ, weitreichende Konsequenzen gehabt. Das Reichsgericht hat sich zwar mit eigentlichen Fällen der Konzerneingliederung fast nie beschäftigt, es gibt aber eine umfangreiche Rechtsprechung zu der Frage, inwieweit die Mehrheit durch Hauptversammlungsbeschlüsse in die Rechte der Minderheit eingreifen darf. Diese Rechtsprechung ist an dem Problem der Verwaltungsaktien in Form von Mehrstimmrechtsaktien entwickelt worden, das im wesentlichen der Konzernsituation entspricht, da in beiden Fällen die Minderheit durch Beschlüsse der Hauptversammlung geschädigt wird. In seinen frühesten Entscheidungen erkannte das Reichsgericht das Mehrheitsprinzip uneingeschränkt an und verneinte grundsätzlich die Möglich-

(153) RGZ 112, 18; 132, 165; 149, 300 in stdg Rspr.; BGHZ 20, 369. vgl. Bodenheimer a. a. O. S. 5, 6 mit weiteren Literaturnachweisen.

(154) RGZ 52, 293

(155) Cohn a. a. O. S. 138, Bodenheimer a. a. O. S. 52

keit einer Schädigung der Minderheit durch die Beschlüsse der Mehrheit, "Die mit der erforderlichen Stimmenzahl gefaßten Beschlüsse der Mehrheit sind für die Minderheit auch dann verbindlich, wenn sie dieser als verkehrt, wirtschaftlich nachteilig und die Bestrebungen der Minderheit schädigend erscheinen. Dies ist eine unabwendbare Folge des im Gesetz zur Anerkennung gelangten Grundsatzes, daß die Mehrheit über die Verwaltung und darüber entscheidet, was im Interesse der Gesellschaft und der Aktionäre zu tun und zu lassen ist." (156) Als dann später das Reichsgericht eine Minderheitenfreundlichere Haltung einnahm und die Verletzung der Rechte der Minderheiten, die inhaltlich Verletzungen des Gleichheitssatzes darstellten, rechtlichen Sanktionen unterstellte, wirkte sich das Fehlen einer treffenden Begründung entscheidend aus. Da in den Fällen der Verletzung des Gleichheitssatzes nur § 185 HGB mit dem Umkehrschluß zur Verfügung stand, fehlte es an dem notwendigen Rechtsschutz der Minderheiten. Diese Lücke schloß die Rechtsprechung durch Anwendung des § 138 BGB (157). Die rechtlichen Folgerungen der Verletzung wurden daher nicht aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz selbst, sondern aus dem Begriff der guten Sitten gezogen, ein Weg, der erheblicher Kritik begegnet ist (158). Obwohl der Gleichheitssatz anerkannt war, löste seine Verletzung keine eigenen Rechtsfolgen aus, sondern bildete einen typischen Fall des Verstoßes gegen die guten Sitten. Diese Folgerung ist in das Aktiengesetz in § 197 Abs. 2 übernommen worden. Der Begriff der Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der Aktionäre beruht auf dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts. Sie wird daher auch von einem Teil der neueren Lehre als ein Fall des Sittenverstoßes bei der Art des Zustandekommens des Beschlusses angesehen, die im Gesetz besonders hervorgehoben worden ist (159).

Durch diese Rechtsprechung ist die Rechtsfolge der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes festgelegt worden. Unter dem Einfluß des § 138 BGB kam nur eine Beseitigung des gegen den Gleichbehandlungssatz verstoßenden Beschlusses in Frage, ein Ergebnis, das in § 197 Abs. 2 AktG zum Gesetz geworden ist.

-
- (156) RGZ 68, 235 (Hiberniafall); ebenso RGZ 68, 317; 72, 34; 80, 388; 85, 107 und 170, RG Holdheim Bd. 23 S. 66
 - (157) RGZ 107, 74 ; 108, 43; 111, 29; 112, 16 in stgd Rspr. bis RGZ 146, 71 und 385
 - (158) Müller-Erzbach Aktienwesen a. a. O. S. 12, Geiler Strukturwandlungen a. a. O. S. 24, Nord a. a. O. S. 27, Eisser a. a. O. S. 50, Hayum a. a. O. S. 68
 - (159) Gadow-Weipert § 197 Anm. 15. A. M. sind Schlegelberger § 101 Anm. 1 sowie BGHZ 21, 354 die das Verbot gesellschaftsfremder Sondervorteile als allgemeines Prinzip ansehen, das die Entscheidungsfreiheit der Mehrheit objektiv beschränkt.

B. Die Begründung in der Lehre.

Die Rechtslehre hat eine Fülle von Theorien herausgearbeitet, die sich mit der Rechtsgrundlage des Gleichbehandlungsprinzips befassen. Es werden hier nur die wesentlichen Meinungen untersucht, soweit sich aus ihnen Folgerungen für die Rechtsfolgen der Verletzung ergeben.

1. Neben der Begründung als § 185 HGB ist versucht worden, das Gleichbehandlungsprinzip aus den §§ 706, 722, 734 und 742 BGB abzuleiten. Diese Vorschriften ließen in ihrem Zusammenhang erkennen, daß die Gleichstellung der Rechte der Vereinsmitglieder eine Grundlage der gesamten positiven Regelung des geltenden Körperschafts- und Gesellschaftsrechts sei (160).

Diese Vorschriften zeigen, und insoweit ist diese Auffassung richtig, daß das Streben nach gleichmäßiger Behandlung aller Mitglieder Bestandteil des Gesellschaftsrechts ist. Dennoch kann aus einer entsprechenden oder rechtsähnlichen Anwendung dieser Vorschriften der Gleichheitssatz nicht gerechtfertigt werden, da die Bedeutung dieser Vorschriften auf einer anderen Ebene liegt: Sie haben nur die Aufgabe, das Statut auszufüllen, der Gleichbehandlungssatz hat dagegen zum Ziel, die Verbandsmacht zu beschränken. Dieser Unterschied wird auch dadurch deutlich, daß die genannten Vorschriften dispositiver Natur sind und aus diesem Grund den zwingenden Gleichbehandlungssatz nicht stützen können (161).

2. Triepel (162) leitet den Gleichheitssatz aus dem staatsrechtlichen Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 109 WV, 3 GG) ab. Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungssatz stelle eine Beschränkung der Organisationsgewalt von Vereinigungen dar. Da innerhalb eines privaten Verbandes die gleiche Situation bestehe wie im Staatsverband, sei die Heranziehung des staatsrechtlichen Gleichheitssatzes geboten.

Diese Begründung scheitert an der fehlenden Parallele zwischen staatlichen Verbänden und der Aktiengesellschaft. Die Mehrheit und die Verwaltung der Aktiengesellschaften üben keine staatlichen Hoheitsrechte aus, sondern verfolgen als Kapitalgeber rein vermögensrechtliche Interessen. Zweck, Entstehung und Organisation des Staatsverbandes führen daher zu einem anderen Gleichheitssatz als dem des privaten Verbandsrechts (163).

(160) Horowitz a. a. O. S. 48, Frank-Fahle a. a. O. S. 10, Ries a. a. O. S. 117, Stern a. a. O. S. 24, Müller-Erbach Handelsrecht S. 180

(161) Cohn a. a. O. S. 139

(162) GoldbilanzVO und Vorzugsaktie S. 26

(163) Schilling bei Hachenburg § 14 GmbHG Anm. 23, Cohn a. a. O. S. 140, Mestmäcker a. a. O. S. 346

3. So wie man versucht hat, die dem Gleichbehandlungssatz unterfallenden Tatbestände durch den Begriff der Sittenwidrigkeit zu erfassen, so hat man auch versucht, eine Beziehung zwischen dem anderen großen Grundprinzip des Zivilrechts, dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Gleichbehandlungssatz herzustellen. Bergmann (164) und Würdinger (165) sehen in dem Gleichbehandlungssatz einen Ausfluß von Treuegedanken und nehmen als Rechtsgrund die Treubindungen des Aktionärs. Diese Auffassung ist schon deshalb unrichtig, weil es eine Treubindung der Aktionäre untereinander nicht gibt (166). Die Auffassung von Ritter (167), Dorpalen (168) und Scholz (169), die dem Gleichbehandlungssatz jede selbständige Bedeutung entziehen und ihn als eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben sehen, führt ebenfalls nicht weiter. Das Gleichbehandlungsprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben sind beides eigenständige Prinzipien, die zwar Berührungspunkte aufweisen, aber nicht identische Begriffe sind. Die aktienrechtlichen Probleme der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre lassen sich durch Rückgriff auf das viel mißbrauchte Prinzip von Treu und Glauben ebenso wenig lösen wie durch den Hinweis auf die guten Sitten (170).

4. Die überwiegend im Schrifttum vertretene Ansicht nimmt § 35 BGB zum Ausgangspunkt der rechtlichen Begründung und zählt den Gleichbehandlungsgrundsatz zu den Sonderrechten, die nicht entzogen werden dürfen.

Der Begriff des Sonderrechts ist sehr umstritten. Aus dieser Tatsache erklärt sich, daß die den Gleichbehandlungsgrundsatz als Sonderrecht ansehenden Auffassungen im wesentlichen in zwei Gruppen geteilt werden können, die von verschiedenen Sonderrechtsbegriffen ausgehend zu verschiedenen Ergebnissen kommen.

Die eine Auffassung geht davon aus, daß Sonderrechte nur solche Rechte sind, die im Gegensatz zu den allgemeinen Mitgliedschaftsrechten einzelnen Gesellschaftern besondere Vorteile gewähren, benutzt diesen Sonderrechtsbegriff aber nur mittelbar. Ausgangspunkt ist die Regelung, die der Gesetzgeber für den Fall des ausdrücklichen Bestehens von Sonderrechten getroffen hat; hieraus wird auf die Regelung geschlossen, die der Gesetzgeber habe treffen wollen, wenn Sonderrechte ausdrücklich nicht gegeben sind. § 35 BGB bezieht sich nach dieser Ansicht nicht nur auf einzelne eingeräumte Sonderrechte. Er stellt vielmehr den Grundsatz auf, daß eine anfängliche Verschiedenstellung nicht nachträglich in eine Gleichstellung umgewandelt werden dürfe. Hieraus wird dann der Umkehrschluß

(164) ZHR 105 S. 2 ff

(165) Gesellschaften a. a. O. Bd. II S. 13

(166) vgl. die Ausführungen S. 61 ff der Arbeit

(167) JW 1934 S. 3025

(168) ZHR 102 S. 28

(169) § 14 GmbHG Anm. 12

(170) Raiser a. a. O. S. 83

gezogen, daß eine anfängliche Gleichstellung nicht in eine Verschiedenstellung umgewandelt werden dürfe, wodurch § 35 BGB zu einem allgemeinen Schutz des satzungsmäßig festgelegten status quo wird (171),

Die andere Auffassung sieht als Sonderrechte alle unentziehbaren Rechte, also auch die, die allen Mitgliedern gleichmäßig zustehen (172). Diese Sonderrechtstheorie geht zurück auf Otto von Gierke, nach dem unter körperschaftlichen Sonderrechten alle diejenigen Rechte verstanden werden, die sowohl der dem Gesamtwillen unterstehenden Sozialsphäre als auch auf Grund einer dem Körperschaftsrecht eigenen Verflechtung der körperschaftsfreien Individualsphäre angehören (173). Der Gleichbehandlungssatz wird, da er ein unentziehbares Recht darstellt, zu den Sonderrechten gerechnet und somit aus § 35 BGB begründet.

Die Streitfrage nach dem Begriff des Sonderrechts kann heute als geklärt gelten. Nach durchaus herrschender Meinung sind Sonderrechte nur solche Rechte, die Vorrechte bestimmter Mitglieder darstellen (174). Damit ist der einen Begründung des Gleichbehandlungssatzes der Boden entzogen, da dieses Recht den Aktionären gleichmäßig zusteht. Aber auch die andere Begründung kann nicht überzeugen, da der Umkehrschluß aus § 35 HGB nicht zwingend ist. Die anfängliche Gleichheit der Aktionäre beruht nicht auf der ausdrücklichen Zuweisung des Gesetzes, sondern ergibt sich als Konsequenz aus der Zumessung der Mitgliedschaftsrechte an die einzelnen Gesellschaftler. Danach ist es sehr wohl denkbar, daß zwar die ausdrücklich eingeräumten Sonderrechte, nicht aber die nur aus dem Stillschweigen der Satzung hinsichtlich des Bestehens von Sonderrechten reflexartig folgenden Rechte unter dem gesetzlichen Schutz stehen. Darüberhinaus übersieht diese Theorie, daß § 35 BGB nicht schlechthin jede Umwandlung ausschließt. Da neue Sonderrechte begründet werden können, ist eine Umwandlung von einer Verschiedenstellung in eine Gleichstellung zulässig (175). Diese Auffassung führt, wie Feine (176) zutreffend gesagt hat, zu einer unzulässigen Verquickung des Sonderrechtsprinzips mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz; Der Satz, daß Vorrechte nicht ange-tastet werden dürfen, ergibt nicht das Prinzip der gleichmäßigen Behandlung, sondern steht mit ihm als Umkehrung im Zusammenhang. Der Grundsatz der gleich-

-
- (171) Müller-Erbach HR S. 180, Stern a. a. O. S. 20, 24, Frank-Fahle a. a. O. S. 40, 61, Fischer-Henle a. a. O. § 35 Anm. 2, Haasemann a. a. O. S. 15
- (172) Brand § 250 HGB Anm. 2, Ritter § 250 Anm. 3 b, Staub-Pinner § 250 Anm. 9, Brodmann § 250 Anm. 2, Goldmann-Lilienthal § 250 Anm. 7, Lehmann Archiv BürgR Bd. 9 S. 303
- (173) Genossenschaftstheorie S. 226 ff, 296
- (174) Schilling bei Hachenburg § 14 GmbHG Anm. 18 mit weiteren Literaturhinweisen
- (175) Schilling bei Hachenburg § 14 Anm. 23, Bondi a. a. O. S. 128, Meyerowitz a. a. O. S. 3 ff, Cohn a. a. O. S. 142
- (176) Die GmbH, a. a. O. S. 274

mäßigen Behandlung der Aktionäre kann daher auch nicht als subjektives Recht aus § 35 BGB (Sonderrecht) begründet werden.

5. Die neueren Auffassungen vom Wesen des Gleichbehandlungsgrundsatzes gehen davon aus, daß eine Begründung in der bisher dargestellten Weise nicht möglich ist. Der Gleichheitssatz ist kein subjektives Recht, sondern eine Einschränkung der verbandsrechtlichen Autonomie (177). Diese Ansicht, die sich in der Rechtslehre immer mehr durchsetzt, wird von ihren Vertretern weiter differenziert, um genauere Grundlagen für rechtliche Folgerungen zu gewinnen.

So sehen Bodenheimer und Raiser den Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausfluß des allgemeinen Gerechtigkeitsprinzips, Feine, Schmidt (bei Hachenburg) und Gadow-Heinichen leiten ihn dagegen aus der Rechtsnatur der Körperschaft als eines organisierten Verbandes ab. Die Unterschiede sind, obwohl beide Auffassungen von dem Gleichheitssatz als einem selbständigen überpositiven Rechtsgrundsatz ausgehen, bedeutsam. Geht man von dem allgemeinen Gerechtigkeitsprinzip aus, wonach Gerechtigkeit der übt, der, indem er Recht anwendet oder setzt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt, so handelt es sich um die Anwendung eines Satzes des objektiven Rechts, die in keinem Gesetz ausdrücklich geregelt zu sein braucht und die überall da eingreifen muß, wo die Ordnung einer Beziehung von organisierten Gemeinschaften in Frage steht. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz ist immer da anwendbar, wo es um die Bestimmung des Verhältnisses der Verbandsmitglieder untereinander oder ihres gemeinsamen Verhältnisses zum Verband geht. Die aus seiner Verletzung herzuleitenden Rechtsfolgen sind aus dem allgemeinen Gedanken der Gerechtigkeit, nicht aber aus der typischen Situation des Verbandes zu bestimmen.

Ganz anders ist die Rechtsfolge, wenn man den Gleichbehandlungsgrundsatz aus der Rechtsnatur der Körperschaft als einem organisierten Verband begründet. Wird der allgemeine Grundsatz aus dem Verbandsrecht hergeleitet, so bestimmen die Besonderheiten dieses Verbandsrechts den Inhalt und die Auswirkungen. Diese Tatsache allein zeigt, daß der Begründung aus der Rechtsnatur der Körperschaft der Vorzug zu geben ist. Die rechtliche Begründung dient nicht nur der theoretischen Untermauerung, sondern soll in erster Linie Anhaltspunkte für die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Einzelfall geben. Die Begründung aus dem allgemeinen Gerechtigkeitsprinzip ist sicher richtig, sie liefert aber einen so allgemeinen und wenig präzisierten Grundsatz, daß sie im Verbandsrecht nicht brauchbar ist. Aus diesem Grund werden von der Rechtslehre für die verschiedenen Teilgebiete wie das Arbeitsrecht, das Staatsrecht und das Verbandsrecht eigene Gleichbehandlungsgrundsätze aufgestellt, die zwar die gleiche Wurzel haben, aber jeweils einen besonderen Inhalt aufweisen.

(177) Bodenheimer a. a. O. S. 27, Raiser a. a. O. S. 84, Feine in Ehrenbergs Handbuch III S. 274 Anm. 31, Gadow-Heinichen § 15 AktG Anm. 12, Hachenburg § 14 GmbHG Anm. 23

Wie wesentlich die unterschiedliche Begründung ist, wird sich bei der Untersuchung der Frage zeigen, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz auch im Verhältnis zwischen konzernfreiem Aktionär und herrschender Gesellschaft angewendet werden kann.

Der aktienrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist daher eine Schranke der Verbandautonomie, die sich aus der Rechtsnatur der Körperschaft als organisiertem Verband ergibt. Wenn der Verband nach Rechtsnormen leben will, so darf er seine Mitglieder nicht willkürlich behandeln; es ist ein dem privaten wie dem öffentlichen Verbandsrecht immanenter Grundsatz, daß der Machthaber die seinem Willen unterworfenen Personen gleichmäßig behandeln muß.

§ 17 Die Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Durch die Eingliederung in den Konzern wird das Geschäftsergebnis in die Obergesellschaft übergeleitet. An dieser Gesellschaft ist nur der Mehrheitsaktionär, nicht aber der freie Aktionär beteiligt. Der Gewinn fließt damit dem Mehrheitsaktionär direkt oder über seine Beteiligung an der Obergesellschaft zu. Das Anteilsrecht des außenstehenden Aktionärs wird ausgehöhlt, der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre ist verletzt.

Das Aktiengesetz gibt in diesen Fällen dem Aktionär das Recht, den der Eingliederung zugrunde liegenden Hauptversammlungsbeschluß anzufechten. Eine Ersatzpflicht wegen der Schädigung durch die Stimmrechtsausübung ist nach dem Wortlaut der §§ 101 Abs. 7, 197 Abs. 2 AktG ausgeschlossen. Hieraus schließt die ganz herrschende Meinung, daß im Bereich der Stimmrechtsausübung das Prinzip der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre durch die Regelung des § 197 Abs. 2 AktG verdrängt ist (178). Die Rechtsfolge der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist nach dieser Ansicht durch den Gesetzgeber dahin festgelegt worden, daß aus einer Verletzung nur Beseitigungsrechte erwachsen können. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung enthält in diesem Zusammenhang mehr den Charakter eines *Verbots* der ungleichmäßigen Behandlung als eines *Gebotes* der gleichmäßigen Behandlung.

Wie eingangs aufgezeigt wurde, genügt das vom Gesetz vorgesehene Anfechtungsrecht nicht, um den freien Aktionär gegen die Übergriffe der Mehrheit zu schützen. Durch die Anfechtung wird nur der Konzernvertrag beseitigt, der Tatbestand der Abhängigkeit als solcher bleibt bestehen. Da im Rahmen des durch die Anfechtung entstehenden Beteiligungskonzerns eine Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen begrifflich ausgeschlossen ist, ist das vom Gesetz vorgesehene Schutzmittel gegen die Eingliederung wirkungslos, denn die im Beteiligungskonzern denkbaren Scha-

(178) Raiser a.a.O. S. 83, Fechner a.a.O. S. 100, Mestmäcker a.a.O. S. 345, 346

dersatzansprüche gegen den Vorstand oder Aufsichtsrat bilden keinen angemessenen Ausgleich für den Verlust der Beteiligung.

Wenn somit der vom Gesetz angestrebte Erfolg nicht verwirklicht werden kann, so fragt es sich, ob nicht im Wege der Auslegung trotz § 197 Abs. 2 AktG auf den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zurückgegangen werden kann. Diese Frage ist mit Vorbehalt zu bejahen.

Gegen eine solche Auslegung spricht die Formulierung des § 197 AktG, die eine Auslegung an sich nicht zuläßt. Es ist aber zu bedenken, daß, wie schon bei der Behandlung des § 101 Abs. 7 AktG ausgeführt wurde, die Regelungen des Aktiengesetzes keine abschließende Normierung darstellen und daß die Lösung der konzernrechtlichen Probleme im wesentlichen der Zukunft überlassen bleiben sollte. Berücksichtigt man weiter die Tatsache, daß § 197 AktG auf einer Rechtsprechung beruht, die allgemein abgelehnt wird, und beachtet man weiter, daß es dem Gesetzgeber in erster Linie darauf ankam, das dieser Vorschrift zugrunde liegende Recht des Aktionärs auf gleichmäßige Behandlung zu sichern, so scheint das Zurückgehen auf den allgemeinen aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz trotz des Anfechtungsrechts nicht mehr so völlig ausgeschlossen.

Betrachtet man nun die Rechtsfolgen, die eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hat, so gewinnt der Ausgangspunkt der rechtlichen Begründung Bedeutung. Die Tatsache, daß der Gleichheitssatz kein subjektives Recht ist, schließt echte Leistungsansprüche jedenfalls nicht aus. Die Ablehnung eines allgemeinen subjektiven Rechts, so führt Raiser (179) aus, bedeutet nicht Schutzlosigkeit des Betroffenen; wer die Verletzung einer objektiven Schranke der Verbandsautonomie rügt, ist nicht in erster Linie eigennützig interessiert, sondern Funktionär der Rechtsordnung, die die Ausgestaltung seines Rechts in der Hand hat. So wird auf der einen Seite der staatsrechtliche Gleichheitssatz als subjektives öffentliches Recht anerkannt, es ist aber ebenso unstreitig, daß aus diesem Recht nur ein negatives Statusrecht, also der Anspruch auf Beseitigung der die Verletzung begründenden Maßnahme fließt (180). Umgekehrt wird im Arbeitsrecht dem benachteiligten Gruppenmitglied ein unmittelbarer Leistungs- oder Leistungsergänzungsanspruch bei ungleich gewährten Sozialleistungen wie der Weihnachtsgratifikation gewährt (181). Da der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aus der Rechtsnatur der Körperschaft als Verband abgeleitet wird, gehen seine Rechtswirkungen so weit, als die Struktur des Verbandes sie notwendig und möglich machen. Die Beseitigungsansprüche genügen bei der Konzern-eingliederung weder vom Standpunkt des Aktionärs noch von dem des Konzerns als Unternehmensverband aus. Daher kann die Verletzung des aktienrechtlichen Gleich-

(179) a. a. O. S. 83

(180) Bachof a. a. O. S. 93, Feldmann-Geisel S. 21, Ipsen S. 26, Koellreutter S. 54, Maunz S. 94

(181) Kaskel-Dersch S. 114, Nikisch a. a. O. S. 425

behandlungsgrundsatzes durch die Konzerneingliederung nur zu einem Leistungsanspruch, nicht aber zu einem Beseitigungsrecht führen.

Dieser allgemeinen Folgerung aus den systematischen Grundlagen des Gleichbehandlungsgrundsatzes kommt weitreichende Bedeutung zu. Das eigentliche Problem liegt nicht darin, ob vom Standpunkt des geltenden Rechts aus die Konsequenz des § 197 AktG umgangen werden kann. Diese Frage ist von untergeordneter Bedeutung, da es mehr darauf ankommt, die grundsätzliche Einordnung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Aktienrechtsreform zu berücksichtigen.

§ 18 Das Problem der rechtlichen Einheit.

Da aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz echte Leistungsansprüche hergeleitet werden können, ist es möglich, daß das Recht des außenstehenden Aktionärs auf Umtausch seiner Aktien auf dieses Prinzip gestützt wird. Dieses Umtauschrecht ist gegen die herrschende Gesellschaft gerichtet, der freie Aktionär ist aber nicht Mitglied dieser Aktiengesellschaft. Es fragt sich daher, ob ein Umtauschrecht auch gegen die Obergesellschaft begründet werden kann.

Diese Fragestellung führt zunächst zu dem Ausgangspunkt der rechtlichen Begründung des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zurück und zeigt erneut die Verschiedenheit, die sich aus den unterschiedlichen Begründungen ergibt. Geht man von dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz Raisers und Bodenheimers aus, so kann er ohne weiteres in dem Verhältnis Aktionär und herrschende Gesellschaft angewendet werden. Da es auf die Art des inneren Zusammenhangs zwischen den Beteiligten nicht ankommt, bildet der Zusammenhang nur ein zufälliges, nicht aber ein konstitutives Element der Einheit (182). Für die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist nach dieser Auffassung ein innerer Zusammenhang nicht maßgebend, da die Gleichheit als Forderung der Gerechtigkeit zwischen allen Rechtssubjekten und nicht nur innerhalb geschlossener Verbände gilt. Anders ist die Rechtslage bei Anwendung des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich nicht um ein subjektives Recht. Damit liegt aber auch kein Mitgliedschaftsrecht vor, und die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsprinzips ist nicht an die Mitgliedschaft des freien Aktionärs in der herrschenden Gesellschaft gebunden. Da rechtliche Grundlage aber die Rechtsnatur der Körperschaft als organisierter Verband ist, bildet dieser Verbandsbegriff die Grenze der Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes. Die Anwendbarkeit setzt daher das Bestehen verbandsrechtlicher Beziehungen voraus. Diese Beziehungen bestehen zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem außenstehenden Aktionär in Form seiner Mitgliedschaft. Eine Anwendung auch der herrschenden Gesellschaft gegenüber setzt daher voraus, daß abhängige und herrschende Gesellschaft nicht

(182) Raiser a. a. O. S. 92

nur als wirtschaftliche Einheit behandelt werden, sondern daß zwischen beiden ein verbandsrechtlicher - gesellschaftsrechtlicher - Zusammenhang besteht.

Dieses Problem der Zusammenfassung von abhängiger und herrschender Gesellschaft zu einer rechtlichen Einheit ist für die Begründung echter Leistungsansprüche jeder Art die entscheidende Frage. Ansprüche des konzernfreien Aktionärs, die sich nicht nur auf einen Ausgleichsanspruch gegen einen anderen Aktionär stützen, können nur dann bejaht werden, wenn man, wie Mestmäcker sagt (182), mit "der konzernrechtlichen Einheitstheorie Ernst macht".

Die Frage der konzernrechtlichen Einheit ist eng verbunden mit der Frage der Haftung der herrschenden Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft. Die Probleme liegen parallel, denn abhängige und herrschende Gesellschaft werden in beiden Fällen als vermögensrechtliche Einheit behandelt. Sie unterscheiden sich dadurch, daß bei den Haftungsfragen eine Haftung unter Beibehaltung der rechtlichen Selbständigkeit gesucht wird, während die Frage der konzernrechtlichen Einheit gerade die Durchbrechung der Selbständigkeit zum Gegenstand hat. Andererseits überschneiden sich die Fragen aber auch, denn die rechtliche Einheit würde zu einer Haftung der herrschenden Gesellschaft führen. Wenn eine rechtliche Einheit vorliegt, so haftet die herrschende Gesellschaft, wenn sie aber haftet, so muß noch kein Fall der rechtlichen Einheit gegeben sein.

Grundlage der Behandlung von Konzerngesellschaften als rechtliche Einheit ist die von Isay (183) entwickelte Theorie des Unternehmens als einem verschiedene materielle und immaterielle Güter zu einer Einheit zusammenfassenden Ganzen. Nach Isay wäre es reiner Formalismus, wollte man die materiell einheitliche Unternehmung um deswillen in zwei Unternehmen zerreißen, weil aus äußerlichen Gründen zwei verschiedene Rechtsformen gegeben sind. "Ein derartiges Scheinwesen kann unmöglich dazu führen, in solchen Fällen das Vorliegen zweier selbständiger Unternehmen anzunehmen. Die wechselseitige Durchdringung dieser Unternehmen ist so innig, daß jede Verletzung der einen auf die andere Gesellschaft hinüberwirkt und daß es zu widersinnigen Ergebnissen führt, wenn man an der juristischen Grenzlinie halt macht." Dieser Überlegung ist das Reichsgericht in einer Entscheidung gefolgt (184) und hat bei Abhängigkeiten, namentlich bei einer 100%igen Beteiligung, eine rechtliche Einheit von abhängiger und herrschender Gesellschaft angenommen.

Diese "integrale" Einheitstheorie (185) ist im Schrifttum auf Widerspruch gestoßen. Schlegelberger hat nachgewiesen, daß einer Gesellschaft, die alle Aktien der anderen Gesellschaft im Besitz hat, zwar das Reinvermögen, nicht aber die einzelnen

(182) a. a. O. S. 358

(183) Das Recht am Unternehmen, S. 98 ff

(184) RGZ 108, 304

(185) so v. Steiger a. a. O. S. 270 a

Aktiva gehören; jede Gesellschaft habe ihre eigenen Gläubiger und Schuldner, zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft seien Schuldverhältnisse möglich (186). Das Unternehmen wird zwar als Gesamtheit von Rechten und Pflichten in gewisser Hinsicht als rechtliche Einheit behandelt, beispielsweise im Zusammenhang mit der Verfügung über das Unternehmen. Bei der Konzerneingliederung, und darauf hat vor allem von Steiger (187) hingewiesen, handelt es sich aber nicht um eine Zusammenfassung von Vermögensmassen, sondern von selbständigen Unternehmen. Das geltende Aktienrecht kennt keinen Begriff des Unternehmens als übergeordnete rechtliche Einheit, es sucht vielmehr den Gefahren, die in der Verwendung abhängiger Gesellschaften liegen, dadurch vorzubeugen, daß es seine Gebote und Verbote entsprechend ausgestaltet und durch Verweisungen auf die abhängige Gesellschaft ausdehnt. Daher ist auch das Reichsgericht in seiner späteren Rechtsprechung (188) von dieser Einheitstheorie abgerückt.

Die Bemühungen dem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis durch rechtliche Konsequenzen zu entsprechen, haben im Schrifttum zu dem Versuch geführt, bei grundsätzlicher Wahrung der rechtlichen Selbständigkeit der Aktiengesellschaft sie auf bestimmten Gebieten als rechtliche Einheit zu behandeln. Diese als "modifizierte" Einheitstheorie bezeichnete Lehre beläßt dem Konzernunternehmen seine rechtliche Selbständigkeit, untersucht aber auf jedem einzelnen Rechtsgebiet, inwieweit eine rechtlich einheitliche Behandlung der zusammenhängenden Unternehmen möglich ist (189). Die Abgrenzung und Bestimmung dieser Teilgebiete wird entweder nach wirtschaftlichen oder nach rechtlichen Gesichtspunkten vorgenommen. Joss (190) und Friedländer (191) lassen die wirtschaftlichen Gesichtspunkte entscheiden. Danach sei in bestimmten Gebieten, in denen die wirtschaftliche Betrachtungsweise überwiege, die wirtschaftliche der rechtlichen Einheit gleichzusetzen. Nach dieser Auffassung kann im Steuer-, Kartell- und Vertragsrecht von einer rechtlichen Einheit gesprochen werden, da hier die Rechtsform hinter den wirtschaftlichen Vorgang zurücktrete. Umgekehrt sei bei Gesetzen mehr formalen Charakters, also beispielsweise im eigentlichen Gesellschaftsrecht, die Rechtsform der selbständigen juristischen Person überwiegend. Nach v. Steiger (192) und Frankenberg (193) geben dagegen rechtliche Gesichtspunkte den Ausschlag: Ausgehend von der Tatsache, daß das geltende Recht keinen Rechtsbegriff der Ein-

(186) § 15 AktG Anm. 10

(187) a. a. O. S. 270 a

(188) RGZ 115, 253

(189) v. Steiger a. a. O. S. 270 a, Frankenberg a. a. O. S. 136 ff, Joss a. a. O. S. 88 ff, Friedländer Konzernrecht 1927 S. 43 ff

(190) a. a. O. S. 92

(191) a. a. O. S. 44

(192) a. a. O. S. 273 a

(193) a. a. O. S. 137

heit oder des komplexen Unternehmens kenne, wird gefolgert, daß bei der rechtlichen Behandlung einzelner Vorgänge, die sich innerhalb eines wirtschaftlichen Ganzen abspielen, stets auf Grund der positiven Rechtsordnung zu prüfen sei, ob eine rechtlich einheitliche Behandlung solcher Vorgänge möglich und erforderlich sei. Hierbei sei vor allem auf die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu achten und deren Umgehung zu verhindern.

Die von Friedländer gegebenen Beispiele zeigen, daß eine Abgrenzung nach mehr wirtschaftlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten schon vom Ergebnis her verfehlt ist, da sie keine klaren Entscheidungen ermöglicht. Die Behandlung von herrschender und abhängiger Gesellschaft als rechtlicher Einheit kann nicht davon abhängen, ob die konkrete Frage mehr einer wirtschaftlichen oder rechtlichen Betrachtungsweise zuzurechnen ist, da eine derartige Aufspaltung praktisch nicht möglich ist. Aber auch aus systematischen Gründen ist diese Trennung verfehlt. Die Eingliederung in einen Konzern ist nicht nur eine wirtschaftliche, sondern eine rechtliche Verbindung, gleich ob sie auf Grund eines Vertrages oder einer Beteiligung erfolgt. Nur durch eine rechtliche Verbindung kann eine rechtserhebliche Abhängigkeit begründet werden. Besteht aber eine rechtliche Verbindung, so können ihre Grenzen und Auswirkungen nicht an Hand von wirtschaftlichen Kriterien überprüft werden, sondern nur an Hand von rechtlichen Unterscheidungsmerkmalen.

Im neueren Schrifttum ist die Frage der rechtlichen Einheit von juristischen Personen von Serick (194) behandelt worden. Im Zusammenhang mit dem Problem des Durchgriffs durch die juristische Person auf die hinter ihr stehenden natürlichen Willensträger nimmt er auch zu der Frage Stellung, unter welchen Umständen verbundene Unternehmen als rechtliche Einheit betrachtet werden können. In dem Durchgriff durch die juristische Person, so sagt Serick, liege eine Systemwidrigkeit und eine Verletzung der Klarheit der Begriffe (195). Da er der Grundkonzeption des Korporationsrechts widerspreche, könne er nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen. Diese Voraussetzungen seien dann erfüllt, wenn die Rechtsform der selbständigen juristischen Person durch Gesetzesumgehung, Vertragsumgehung oder fraudolöses Verhalten der Mitglieder mißbraucht werde (196). Eine Ausnahme von dem Erfordernis des Mißbrauchs macht Serick, wenn bestimmte gesellschaftsrechtliche Normen durch die Konstruktion der rechtlichen Selbständigkeit ihren Sinn verlieren (197). In diesen Fällen, für die als Beispiele in einer nicht erschöpfenden Aufzählung (198) der Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige Gesellschaft und die Frage der Stimmrechtsausübung der abhängigen Gesellschaft in der Hauptver-

(194) Realität und Rechtsform der juristischen Person

(195) a. a. O. S. 110

(196) a. a. O. S. 23, 27

(197) a. a. O. S. 209

(198) a. a. O. S. 212

sammlung der herrschenden Gesellschaft genannt werden, genügt die Vereitelung des Normzweckes zur Mißachtung der rechtlichen Selbständigkeit, ein Mißbrauch der Rechtsform der juristischen Person ist nicht erforderlich (199).

Unterzieht man die Lehre Sericks einer Prüfung daraufhin, ob sie zur Beantwortung der von den Vertretern der Einheitstheorie offengelassenen Frage, welche rechtlichen Gesichtspunkte zu einer Behandlung von abhängiger und herrschender Gesellschaft als rechtliche Einheit führen, geeignet ist, so ergeben sich bereits bei der Betrachtung des Ausgangspunkts Zweifel. Serick geht bei seinen Überlegungen von einer Einheitsform der juristischen Person aus. alle juristischen Personen unterliegen bestimmten grundlegenden Regeln. Gegen diesen Ausgangspunkt ist mit Müller-Freienfels einzuwenden (200), daß der Begriff der juristischen Person nicht Ausgangspunkt einer rechtlichen Begründung, sondern Schlußergebnis induktiver Betrachtungen ist (201). Nicht aus dem Rechtsbegriff der juristischen Person, sondern nur aus dem Substrat, der organisatorischen Einheit, lassen sich Anhaltspunkte für die rechtliche Bewertung finden (202).

Es ist daher schon fraglich, ob es überhaupt möglich ist, allgemeine Voraussetzungen für den Durchgriff durch die juristische Person aufzustellen. Das von Serick genannte Unterscheidungsmerkmal des Mißbrauchs der Rechtsform der Selbständigkeit erweckt jedenfalls erhebliche Bedenken. Der Mißbrauch der Rechtsform entspricht dem der Gesetzesumgehung, dem "agere in fraudem legis". Während der Mißbrauchstatbestand eine subjektive Absicht der Gesetzesumgehung verlangt, genügt nach durchaus herrschender Meinung die objektive Umgehung des Gesetzes. Dies erkennt im Ergebnis auch Serick an, wenn er bei der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Normen auf den Mißbrauch verzichtet und die objektive Zuwiderhandlung genügen läßt.

Wendet man die Lehre Sericks auf den Konzernstatbestand an, so bedeutet dies folgendes: Wenn durch die Eingliederung und die rechtliche Selbständigkeit von herrschender und abhängiger Gesellschaft bestimmte gesellschaftsrechtliche Normzwecke verletzt werden, so kann die rechtliche Selbständigkeit beiseite geschoben werden. Ist mit dieser Feststellung aber etwas zur Lösung der Probleme gewonnen? Diese Frage muß verneint werden. Das Problem der Einheitstheorie liegt nicht darin, die allgemeine Möglichkeit einer Behandlung von abhängiger und herrschender Gesellschaft als rechtliche Einheit nachzuweisen. Dies hatten schon Frankenberg, von Steiger, Isay und andere vorher erkannt. Das Problem liegt vielmehr darin, konkre-

(199) a. a. O. S. 104, 118

(200) ACP 156 S. 522

(201) Schreiber a. a. O. S. 38, vgl. S. 60 der Arbeit FN 115 bis 118

(202) Müller-Freienfels a. a. O. S. 531: "Ob es sich um einen Schachclub e. V. oder eine AG handelt, macht für die rechtliche Bewertung der juristischen Person einen wesentlichen Unterschied".

te Hinweise für den Einzelfall zu finden. "Für den Einzelfall müssen die problem-treffenden Einzelfragen entwickelt werden, denn es geht ja immer um die Frage, ob und inwieweit eine bestimmte Norm in einem konkreten Fall auf diese oder jene juristische Person ihrem Sinn und Zweck nach im Zuge richtiger Gestaltung der sozialen Ordnung anwendbar ist." (203) Es fehlt, wie Kronstein im Zusammenhang mit der Haftung der herrschenden für die abhängige Gesellschaft ausgeführt hat, "an einer Methode der Herausarbeitung der Haftungsgrenzen" (204).

Die "grundlegenden Normen" des Gesellschaftsrechts, deren Vereitelung nach Serick die Durchbrechung der rechtlichen Selbständigkeit ermöglicht, sind die Normen, "die das Gesicht eines bestimmten Types einer juristischen Person prägen" (205). Dieser Begriff der grundlegenden Norm ist wenig ergiebig, da in dieser Grenzziehung eine erhebliche Unklarheit enthalten ist. Es ist besser, mit Müller-Freienfels (206) auf den Normzweck und den *ordre public* des Aktienrechts abzustellen: Es kommt daher darauf an, "welchen Sinn und Zweck das Gesetz in der Rechts- und Wirtschaftsordnung verfolgt, welche höherwertigen Interessen entgegenstehen, welche Interessen es schützt und wo die Grenzen des vom Gesetzgeber gewollten Interessenschutzes liegen, in welchem Zusammenhang die Norm steht, wie ihr in einer dem Anschein nach zulässigen Art zuwider gehandelt werden kann und welche Sanktionen eintreten."

Die gesellschaftsrechtliche Norm, die durch die rechtliche Selbständigkeit von abhängiger und herrschender Gesellschaft in ihren Auswirkungen vereitelt wird, ist der Gleichbehandlungsgrundsatz: Die Überleitung des Gewinnes in die herrschende Gesellschaft verhindert, daß der außenstehende Aktionär einen seiner Beteiligung entsprechenden Anteil am Gewinn erhält. Der Gleichbehandlungsgrundsatz muß daher an Hand der oben genannten Gesichtspunkte dahin überprüft werden, ob seine Vereitelung zu einer rechtlich einheitlichen Behandlung der Konzerngesellschaften berechtigt.

Sinn und Zweck des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungssatzes gehen dahin, den Aktionären eine ihrer Beteiligung entsprechende gleiche Rechtsstellung zu garantieren. Der Aktionär soll sowohl hinsichtlich der Mitgliedschaftsrechte als auch hinsichtlich des Dividendenrechts gleichmäßig behandelt werden, seinem Risiko sollen entsprechende Rechte gegenüberstehen. Die Aufhebung dieses Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung erfolgt im Konzern in scheinbar legaler Weise. Da die Mehrheit nach dem Gesetz über die Eingliederung in einen Konzern bindend entscheiden kann, kann sie auf legalem Weg den freien Aktionär vom Gewinn ausschließen. Liegt insoweit eine Vereitelung des Gleichbehandlungssatzes auch eindeutig vor, so

(203) Müller-Freienfels a. a. O. S. 536

(204) Rechtsauslegung a. a. O. S. 13

(205) a. a. O. S. 211

(206) a. a. O. S. 538

ergeben sich die Probleme der Einheitstheorie bei der Berücksichtigung der gesetzlichen Sanktionen und der vom Gesetzgeber aufgestellten Grenzen des Interessenschutzes. Der Gesetzgeber sieht in den §§ 101 Abs. 7 und 197 Abs. 2 AktG als Sanktion der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes keine Ersatzansprüche, sondern nur die Anfechtung vor. Damit bildet auch in diesem Zusammenhang die Aufhebung der gesetzlichen Regelung im Wege der Auslegung oder der Gesetzesänderung den entscheidenden Punkt. Es handelt sich hierbei, wie schon gesagt wurde, um den Kernpunkt aller positiven Leistungsansprüche. Die vom Gesetz vorgesehenen Sanktionen bei Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sind sowohl vom Standpunkt der Sicherung des freien Aktionärs aus als auch im Hinblick auf den Konzern als Unternehmensverband verfehlt. Besonders diese Berücksichtigung des Konzerns im Rahmen der Rechts- und Wirtschaftsordnung, die meist übersehen wird, läßt als systemgerechte Lösung nur die Beteiligung des freien Aktionärs an dem Gewinn der herrschenden Gesellschaft zu. Diese Beteiligung ist aber nur dann möglich, wenn herrschende und abhängige Gesellschaft als rechtliche Einheit behandelt werden können. Dies besagt nicht, daß die begriffliche Selbständigkeit der juristischen Person aufgehoben wird, die Konzerngesellschaften werden aber insoweit als rechtliche Einheit behandelt, als dies zur Durchführung des Gleichbehandlungsgrundsatzes notwendig ist. Damit ist die notwendige verbandsrechtliche Beziehung zwischen dem freien Aktionär und der herrschenden Gesellschaft gegeben, die die Zubilligung des Umtauschrechts gegen Aktien der herrschenden Gesellschaft möglich macht.

IV. Zusammenfassung der möglichen Ausgleichsansprüche und Vergleich mit dem Referentenentwurf.

§ 19 Der Vergleich der positiven Leistungsansprüche untereinander und mit den Beseitigungsrechten.

I. Faßt man die möglichen Ausgleichsansprüche zusammen, so kann man sie in drei Gruppen einteilen :

1. den Entschädigungsanspruch gegen Kapitalabfindung und das Umtauschrecht gegen Kapitalabfindung; beide Ansprüche sind inhaltlich gleich, im Konzernrecht wird der Abfindungsanspruch immer in Form des Umtauschrechts auftreten, da der freie Aktionär bei einer Entschädigung die Aktien der weiterbestehenden abhängigen Gesellschaft zurückgeben muß,
2. die Ausgleichsansprüche, die einen an dem in Zukunft zu erwartenden Geschäftsergebnis der Untergesellschaft orientierten Gewinn gewähren; dies sind der sich aus der gesetzlichen Ausgleichspflicht ergebende Rentenanspruch, wenn man ihn nach der hier vertretenen Auffassung als echten Leistungsan-

spruch ausgestaltet, sowie der inhaltlich gleiche Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB,

3. die Ausgleichsansprüche, die den freien Aktionär an dem Gewinn der Obergesellschaft beteiligen; hier kommen die Dividendengarantie der herrschenden Gesellschaft in Höhe der von ihr an ihre Aktionär gezahlten Dividende und das Umtauschrecht gegen Aktien der herrschenden Gesellschaft in Frage.

Vergleicht man die Ansprüche, so ergibt sich zunächst, daß das Umtauschrecht gegen Kapitalabfindung in keinem inneren Zusammenhang mit den anderen Ausgleichsansprüchen steht. Dieser Ausgleichsanspruch muß dem freien Aktionär in jedem Fall neben einem Rentenanspruch gleich welcher Höhe oder einem Umtauschrecht gegen Aktien zustehen, da dem Aktionär nicht zugemutet werden kann, sich zwingend entweder mit einer Rente oder mit Aktien der herrschenden Gesellschaft zufrieden zu geben. Auf der anderen Seite würde eine Sicherung allein durch das Umtauschrecht gegen Kapitalabfindung nicht genügen, da dies zu einem Zwangsverkauf führen würde und der Mehrheitsaktionär es in der Hand hätte, den außenstehenden Aktionär aus der Gesellschaft zu verdrängen.

Die unter 2) und 3) genannten Ansprüche überschneiden sich insoweit, als sie dem Aktionär einen fortlaufenden Gewinnanteil sichern. Sie unterscheiden sich einmal durch die Bemessung des Gewinnes an der abhängigen oder herrschenden Gesellschaft, zum anderen aber auch dadurch, daß das Umtauschrecht neben der Gewinnbeteiligung Verwaltungsrechte des freien Aktionärs in der Obergesellschaft begründet. Hinsichtlich der Frage der Bemessung des Ausgleichs an dem Ertrag der Unter- oder Obergesellschaft ist Mestmäcker (207) der Auffassung, daß die von der herrschenden Gesellschaft ausgeschütteten Dividenden keine Beziehung zu den entzogenen Rechten der freien Aktionäre hätten. Der bei der herrschenden Gesellschaft anfallende Betrag sei das Produkt aus der Unternehmenstätigkeit von abhängiger und herrschender Gesellschaft. Eine dem außenstehenden Aktionär zustehende Dividende - und Mestmäcker untersucht nur die Möglichkeit einer Anpassung an den Gewinn der Obergesellschaft im Wege der Dividendengarantie - könne nur dann berechnet werden, wenn man einen Konzerngesamtertrag ermittele und diesen in die Anteile der einzelnen Konzernunternehmen aufspalte. Diese Zusammenfassung und Aufteilung des Gewinns würde aber gar nicht versucht.

Wird die abhängige Gesellschaft in den Konzern eingegliedert, so dient der Kapitalanteil des freien Aktionärs der Erzielung des Konzerngewinns. Er beeinflußt daher die von der herrschenden Gesellschaft ausgeschüttete Dividende in jedem Fall, auch wenn die herrschende Gesellschaft einen eigenen Geschäftsbetrieb mit Gewinnerzielung hat oder wenn bei ihr der Gewinn aus mehreren Tochtergesellschaften zusammenfließt. Zwar ist dieser Gewinn das Produkt verschiedener Unternehmenstätigkeiten, die Be-

ziehung zwischen den entzogenen Rechten und der Dividende der Obergesellschaft kann aber aus diesem Grund nicht geleugnet werden. Denkbar wäre nur, daß der Anspruch des freien Aktionärs nur auf einen Teil der Dividende gerichtet ist. Dies ist aber keine Frage der grundsätzlichen Möglichkeit einer Beteiligung am Gewinn der herrschenden Gesellschaft, sondern eine Frage des Umtauschschlüssels der Aktien der abhängigen Gesellschaft.

Die von Mestmäcker erwähnten Schwierigkeiten könnten daher nur insoweit Bedeutung haben, als sie zu einem anderen Umtauschverhältnis im konkreten Fall führen können. Sie sind, selbst wenn man die Notwendigkeit einer Anpassung an den Gewinn der einzelnen Konzerngesellschaft bejaht, nicht unüberwindlich. Wie weit die Schwierigkeiten im einzelnen gehen, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht nachgeprüft werden. Dies würde eine eingehende Untersuchung auf betriebswirtschaftlicher Basis notwendig machen. Fest steht aber zumindest, daß eine Aufgliederung des Gewinnes nicht unmöglich ist. Ist sie aber möglich, dann dürfen praktische Schwierigkeiten eine gerechte und angemessene Lösung nicht verhindern. Die Situation ist die gleiche wie bei der sogenannten konsolidierten Konzernbilanz. Obwohl ihre Notwendigkeit seit langem anerkannt ist, hat die Praxis die Einführung dieser Bilanz durch Hinweis auf unüberwindliche Schwierigkeiten immer wieder zu verhindern versucht; dennoch sieht der Referentenentwurf in den §§ 287 ff die Berücksichtigung und Offenlegung der Verflechtungsverhältnisse in der Bilanz zwingend vor.

Es fragt sich aber, ob für die Höhe des Anspruchs des außenstehenden Aktionärs wirklich auf den Gewinnanteil der einzelnen Konzerngesellschaft zurückzugehen ist. Durch die Eingliederung macht sich die herrschende Gesellschaft den Betrieb der abhängigen Gesellschaft in vollem Umfang nutzbar, gleich ob dies im Weg einer Gewinnübernahme oder der Begründung einer Weisungsabhängigkeit erfolgt. Damit dient der Kapitalanteil des freien Aktionärs nicht mehr seiner Gesellschaft, sondern dem Konzern. Würde er nur den in Zukunft ohne Berücksichtigung der Eingliederung bei der abhängigen Gesellschaft anfallenden Gewinn erhalten, so würde sein Anteil zwar die vervielfältigten Gewinnmöglichkeiten des Unternehmenszusammenschlusses mit herbeiführen, am Gewinn selbst wäre er aber nicht beteiligt. Dies wäre unbillig, denn es ist nicht einzusehen, warum derjenige, dessen Kapitalanteil den Konzerngewinn ermöglicht, nicht auch entsprechend seinem Anteil am Gewinn beteiligt sein soll. Das einzig zutreffende Bedenken Mestmäckers, daß dies nur bei Anerkennung der konzernrechtlichen Einheitstheorie möglich sei, verliert bei der hier vertretenen Auffassung sein Gewicht. Da abhängige und herrschende Gesellschaft insoweit als rechtliche Einheit zu behandeln sind, als dadurch der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre aufgehoben wird, muß folgerichtig bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs von dem Konzerngewinn und nicht von dem Gewinn der abhängigen Gesellschaft ohne Berücksichtigung der Eingliederung ausgegangen werden.

Die Beteiligung am Gewinn der Obergesellschaft kann in Form einer Dividendengarantie oder eines Umtauschrechts gegen Aktien erfolgen. Bei der Dividendengarantie bleibt der außenstehende Aktionär Mitglied der abhängigen Gesellschaft, er hat aber einen Anspruch auf Zahlung eines Ausgleichsbetrages in Höhe der von der herrschenden Gesellschaft ausgeschütteten Dividende. Bei dem Umtauschrecht wird der freie Aktionär Mitglied in der herrschenden Gesellschaft und nimmt so an der Gewinnverteilung im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen teil. Gibt man dem Aktionär ein Umtauschrecht gegen stimmrechtslose Vorzugsaktien, so unterscheidet sich sein Anspruch von der Dividendengarantie nur dadurch, daß es sich in dem einen Fall um den gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch eines Gläubigers, in dem anderen Fall um den Dividendenanspruch eines Aktionärs handelt. Gibt man dem Aktionär das Recht auf Umtausch gegen normale Aktien, so stehen ihm neben dem Gewinnanteil auch die Verwaltungsrechte zu.

Dividendengarantie und Vorzugsaktie unterscheiden sich weder in ihrem Voraussetzungen noch in ihrem praktischen Auswirkungen. Das Problem liegt daher nur darin, ob man eine dieser Möglichkeiten wählt oder dem Aktionär ein volles Aktienrecht gibt, ob man also die rechtliche Einheit nur auf den Gewinnanteil oder auch auf die gesamte Rechtsstellung des freien Aktionärs bezieht, soweit sie durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgehöhlt ist. Da die Aushöhlung nicht nur das Dividendenrecht, sondern in dem gleichen Ausmaß auch das Stimmrecht und die Verwaltungsrechte umfaßt, ist es folgerichtig, dem freien Aktionär ein Umtauschrecht gegen normale Aktien der herrschenden Gesellschaft zu geben. Dies hat zur Folge, daß die konzernrechtliche Einheit, soweit sie die Rechtsstellung des außenstehenden Aktionärs betrifft, in vollem Umfang verwirklicht wird. Der Umtausch der Aktien vollzieht sich nach den für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften der §§ 233 ff AktG.

Zusammenfassend ist daher bis hierher festzuhalten, daß dem außenstehenden Aktionär zunächst das Recht auf Rückgabe seiner Aktien gegen eine Kapitalabfindung in Höhe des sich aus der Abschichtungsbilanz ergebenden Wertes der abhängigen Gesellschaft zusteht. Neben diesem Recht hat der Aktionär weiter das Recht auf Umtausch seiner Aktien gegen normale Aktien der herrschenden Gesellschaft. Diese Rechte können wahlweise geltend gemacht werden und enthalten klagbare Leistungsansprüche.

II. Diese Leistungsansprüche müssen nun noch in ein Verhältnis zu den Beseitigungsrechten gesetzt werden. Da die Beseitigung des Unternehmenszusammenhangs nicht nur vom Interesse des Aktionärs, sondern auch von der Bedeutung des Konzerns für die Wirtschaftsordnung aus verfehlt ist, können dem Aktionär nicht wahlweise Anfechtungsrecht und Leistungsklage zustehen. Eine Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen mit der Begründung, die Eingliederung führe zu einer ungleichmäßigen Verkürzung der Rechte des freien Aktionärs, ist daher ausgeschlossen. Dies

Ergebnis kann nach geltendem Recht dadurch erreicht werden, daß man den nach § 197 Abs. 2 AktG erforderlichen Schaden verneint.

§ 20 Die Regelung des Referentenentwurfs und des Regierungsentwurfs.

Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 7. Oktober 1958 und der Regierungsentwurf eines neuen Aktiengesetzes enthalten beide eine umfassende Neuregelung der sich aus der Konzerneingliederung ergebenden Fragen. In beiden Entwürfen ist das Anfechtungsrecht wegen Verfolgung gesellschaftsfremder Sonder Vorteile erhalten geblieben, es ist aber ausgeschlossen, wenn den Aktionären ein angemessener Ausgleich für ihren Schaden gewährt wird (§§ 230 Abs. 1 Satz 2 Ref. Entw., 233 Abs. 2 Satz 2 Reg. Entw.). Ergänzend hierzu legen § 230 Abs. 3 Ref. Entw. und § 293 Abs. 3 Satz 2 Reg. Entw. fest, daß die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses nicht darauf gestützt werden kann, daß der Konzernvertrag keine angemessene Entschädigung enthält.

Nach beiden Entwürfen steht dem Aktionär ein Rechtsanspruch auf angemessenen Ausgleich zu. Nach dem Referentenentwurf hat der Aktionär an Stelle des nach dem Aktiengesetz vorgesehenen Anfechtungsrechts einen Leistungsanspruch (§ 280 Abs. 1 Ref. Entw.); dieser Leistungsanspruch wird damit begründet, daß Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nicht zu Zubilligung eines angemessenen Ausgleichs, sondern zu einer Vernichtung des Konzernvertrages im ganzen führen, einer Rechtsfolge, mit der regelmäßig keiner der Parteien gedient ist (208). Der Ausgleichsanspruch besteht bei Gewinnabführungsverträgen in einer auf den Aktiennennbetrag bezogenen wiederkehrenden Geldleistung (Rente), bei Beherrschungsverträgen muß dem Aktionär ein Gewinnanteil in bestimmter Höhe garantiert werden. Die Höhe dieser Ausgleichszahlung oder Dividendengarantie soll sich grundsätzlich nach dem bemessen, was die abhängige Gesellschaft nach ihrer bisherigen Ertragslage und nach den Gewinnaussichten, die sie künftig als frei am Markt stehendes Unternehmen hätte, unter Berücksichtigung angemessener Abschreibungen und Wertberichtigungen als verteilbaren Gewinn erwirtschaften könnte; ausgenommen sind aber die sonst zur Bildung freier Rücklagen verwendeten Beträge. Ist die Obergesellschaft eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, so kann der Ausgleichsanspruch auch nach den Gewinnanteilen bestimmt werden, die auf die Aktien der herrschenden Gesellschaft mit entsprechendem Nennwert entfallen. Hierbei ergeben sich die entsprechenden Nennbeträge aus dem Umtauschverhältnis, das bei einer Verschmelzung der Gesellschaften angemessen wäre. Dieser Ausgleichsanspruch wird, wenn er im Konzernvertrag nicht geregelt ist, von den Oberlandesgerichten im Spruchverfahren festgesetzt.

(208) Referentenentwurf S. 403

Auch der Regierungsentwurf gewährt dem außenstehenden Aktionär einen Ausgleichsanspruch, der in Art und Höhe im wesentlichen dem des Referentenentwurfs entspricht. (§ 293 Reg. Entw.). Bei Gewinnabführungsverträgen soll der Aktionär einen Anspruch auf eine Rente, bei Beherrschungsverträgen einen Anspruch auf Garantie eines bestimmten Gewinnanteils haben; die Höhe dieses Anspruches berechnet sich je nach der vertraglichen Vereinbarung entweder fest nach dem zukünftigen Gewinn der Untergesellschaft oder veränderlich nach dem Gewinn der Obergesellschaft. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Entwürfen besteht aber in der Rechtsfolge der fehlenden Ausgleichsvereinbarung: Während bei dem Referentenentwurf bei fehlendem oder unangemessenem Ausgleich der Anspruch von der Spruchstelle festgesetzt wird, ist nach dem Regierungsentwurf ein Konzernvertrag, der überhaupt keinen Ausgleich vorsieht, nichtig, und nur bei Vereinbarung eines unangemessenen Ausgleichsanspruchs können die Landgerichte als Spruchstelle (§ 295 Reg. Entw.) im Rahmen der vom Vertrag vorgesehenen Ausgleichsform eine angemessene Entschädigung festsetzen.

Neben diesem Ausgleichsanspruch billigen beide Entwürfe dem außenstehenden Aktionär das Recht zu, seine Aktien gegen eine angemessene Abfindung seitens des Vertragspartners zurückzugeben. Nach dem Referentenentwurf muß der Konzernvertrag die Verpflichtung der herrschenden Gesellschaft zur Übernahme der Aktien enthalten, die entweder gegen Kapitalabfindung oder, wenn sich die herrschende Gesellschaft hierzu bereit erklärt, gegen Aktien der Obergesellschaft erfolgt. Fehlt es an dieser Vereinbarung, so wird die Abfindung von der Spruchstelle festgesetzt, wobei auf die Höhe der Abfindung mangels ausdrücklicher Regelung die Grundsätze des § 12 Umwandlungsgesetzes anwendbar sein sollen (209). Der Regierungsentwurf kehrt demgegenüber die grundsätzliche Reihenfolge der Abfindungsform um und gewährt dem außenstehenden Aktionär gemäß § 294 Abs. 2 einen Anspruch auf Umtausch seiner Aktien gegen solche der herrschenden Gesellschaft, sofern diese eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ist. Der Aktionär soll, wie die Begründung des Entwurfs sagt, durch eine Beteiligung an der Aktiengesellschaft abgefunden werden, die seiner bisherigen Aktiengesellschaft wirtschaftlich am nächsten steht (210). Diese Grundsätze gelten indessen nicht, wenn der Konzernvertrag zwischen zwei abhängigen Gesellschaften abgeschlossen wird, denn es kann dem außenstehenden Aktionär nicht zugemutet werden, sich auf den Erwerb von Aktien einer anderen abhängigen Gesellschaft einzulassen. Der Konzernvertrag kann hier entweder Aktien der herrschenden Gesellschaft oder, wie in allen anderen Fällen, eine Kapitalabfindung vorsehen. Fehlt in dem Konzernvertrag eine derartige Abfindungsvereinbarung, so ist der Vertrag im Gegensatz zur fehlenden Ausgleichsvereinbarung nicht nichtig oder anfechtbar. Das Landgericht setzt hier vielmehr als Spruchstelle

(209) Referentenentwurf a. a. O. S. 404

(210) Begründung zum Regierungsentwurf S. 226

das Umtauschverhältnis oder die Höhe der Kapitalabfindung fest.

Dem außenstehenden Aktionär stehen nach der geplanten Regelung somit zwei Ansprüche zur Verfügung: Er kann entweder Aktionär der eingegliederten Gesellschaft bleiben und sich mit einem dem Gewinn der abhängigen Gesellschaft entsprechenden Gewinnanteil zufriedengeben, oder er kann seine Beteiligung zugunsten von Aktien der herrschenden Gesellschaft aufgeben und Aktionär zu vollen Rechten in der herrschenden Gesellschaft werden. Durch Gewährung dieses Abfindungsrechts gegen Aktien der Obergesellschaft wird das Recht auf Umtausch gegen Aktien anerkannt. Entspricht die Regelung des Regierungsentwurfs insoweit der hier vorgeschlagenen Lösung, so besteht doch ein wichtiger Unterschied. Der Aktionär hat nur die Wahl zwischen Rente und Dividendengarantie auf der einen oder der Beteiligung an der herrschenden Gesellschaft auf der anderen Seite. Er wird damit gezwungen, Aktionär der abhängigen Gesellschaft zu bleiben oder Aktionär der herrschenden Gesellschaft zu werden. Hierdurch wird er in seiner Entscheidungsfreiheit sehr eingeeengt, ein Ergebnis, das durch die Zubilligung des hier geforderten Rückgaberechtes gegen Kapitalabfindung vermieden werden könnte. Es ist aber nicht zu übersehen, daß gerade dieser Abfindungsanspruch, den noch der Referentenentwurf vorsah, eine wesentliche Belastung der herrschenden Gesellschaft darstellen kann, der es unter Umständen leichter fällt, die außenstehenden Aktionäre zu übernehmen als sie zu entschädigen. Die Beantwortung dieser Frage ist letztlich eine Interessenabwägung. Wenn auch die wahlweise Geltendmachung des Rechtes auf Umtausch gegen Aktien und des Abfindungsanspruches gegen Kapitalentschädigung die für den konzernfreien Aktionär günstigste Lösung darstellt, so muß doch die geplante Neuregelung als wesentlicher Fortschritt angesehen und begrüßt werden. Dies gilt um so mehr, als der Aktionär bei Aufgabe seiner Beteiligung dem Risiko von Kursverlusten weniger ausgesetzt ist, wenn er zunächst die Aktien der herrschenden Gesellschaft übernimmt und diese dann veräußert.

Z u s a m m e n f a s s u n g

Das Ergebnis dieser Untersuchung läßt sich somit in folgenden Leitsätzen zusammenfassen:

- 1) Durch die Konzerneingliederung tritt eine grundlegende Veränderung der gesellschaftlichen Struktur ein. Die Organe der Gesellschaft werden ihrer gesetzlichen Bedeutung entkleidet, die Fremdnutzung des Unternehmens der abhängigen Gesellschaft führt zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Rechte des konzernfreien Aktionärs. Durch die Überleitung des Gewinnes der abhängigen Gesellschaft in die Konzernobergesellschaft entfällt die Möglichkeit einer Dividendenausschüttung. Der Gewinn fällt damit allein an den Mehrheitsaktionär. Das Anteilsrecht des freien Aktionärs wird auf scheinbar legalem Weg ausgehöhlt.

- 2) Diesen Verlust der Rechte des freien Aktionärs versuchen das geltende Recht und die herrschende Lehre dadurch zu verhindern, daß besondere Voraussetzungen für den Abschluß von Konzernverträgen aufgestellt werden und die der Eingliederung zu Grunde liegenden Beschlüsse nichtig oder anfechtbar sind. Auch in der Reformdiskussion wird die Sicherung des freien Aktionärs vor allem über eine Verbesserung des Anfechtungsrechts gesucht.
- 3) Das Problem der Sicherung des freien Aktionärs kann durch Beseitigungsrechte nicht gelöst werden. Wird der Konzernvertrag beseitigt, so wandelt sich der Vertragskonzern in einen Beteiligungskonzern um, da das Abhängigkeitsverhältnis von der Anfechtung nicht betroffen wird. Auch vom Standpunkt des Konzerns aus ist die Lösung durch Beseitigungsrechte verfehlt. Da der Konzern von Gesetzgeber und Wirtschaftsordnung anerkannt ist, können seine typischen Gefahren nicht durch seine Beseitigung verhindert werden.
- 4) Die Rechtsstellung des freien Aktionärs kann nur durch echte klagbare Ausgleichsansprüche gesichert werden. Diese Ausgleichsansprüche können in einem Entschädigungsanspruch oder in einem Umtauschrecht von Aktien bestehen.
- 5) Der Entschädigungsanspruch wird auf die gesetzliche Ausgleichspflicht oder auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt. Die Einwendung aus § 101 Abs. 7 AktG kann diesen Anspruch nicht ausschließen, da durch die Anfechtung die Rechte des freien Aktionärs nicht gesichert werden können. Der Inhalt dieses Entschädigungsanspruchs kann einmal eine Kapitalabfindung in Höhe des Wertes der eingegliederten Gesellschaft oder eine Rente bilden, die entweder an dem ohne Berücksichtigung der Eingliederung in Zukunft zu erwartenden Gewinn der abhängigen Gesellschaft oder an dem Gewinn der Obergesellschaft (Dividendengarantie) orientiert ist.
- 6) Das Umtauschrecht kann dem konzernfreien Aktionär entweder gegen eine Kapitalabfindung oder gegen Aktien der herrschenden Gesellschaft zustehen. Das Umtauschrecht gegen Kapitalabfindung, das inhaltlich dem Entschädigungsanspruch gegen Kapitalabfindung entspricht, wird wie dieser auf die gesetzliche Ausgleichspflicht gestützt. Neben diesem Anspruch hat der Aktionär ein auf die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gestütztes Recht auf Umtausch von normalen Aktien der herrschenden Gesellschaft. Die Rechtsfolge wird nicht durch § 197 Abs. 2 AktG ausgeschlossen, da das Anfechtungsrecht keine Sicherung bewirken kann. Dieses Umtauschrecht kann auch gegen die herrschende Gesellschaft geltend gemacht werden, da abhängige und herrschende Gesellschaft insoweit als rechtliche Einheit anzusehen sind, als durch die rechtliche Selbständigkeit die Wirksamkeit des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre aufgehoben wird.
- 7) Der Kapitalanteil des freien Aktionärs dient nach der Eingliederung aus-

schließlich dem Konzerninteresse, er muß folglich auch am Konzerngewinn beteiligt werden. Da die Verwaltungsrechte das Schicksal des Gewinnanteilsrecht teilen, und die rechtliche Einheit so weit gehen muß, als der Gleichbehandlungsgrundsatz vereitelt wird, genügt die Zubilligung einer Dividendengarantie ebenso wenig wie die einer stimmrechtslosen Vorzugsaktie. Die herrschende Gesellschaft muß mit der abhängigen Gesellschaft auch deren Aktionäre übernehmen, der freie Aktionär hat einen Anspruch auf Umtausch gegen normale Aktien der Konzernovergesellschaft.

8) Der Referentenentwurf und der Regierungsentwurf bestätigen die hier vorgeschlagene Lösung, soweit es sich um die Zubilligung eines Rechtes auf Umtausch gegen Aktien der herrschenden Gesellschaft handelt. Hinsichtlich des Umtauschrechts gegen Kapitalabfindung ist zu erwägen, ob dem Aktionär dieser Anspruch neben dem anderen Ausgleichsanspruch zugebilligt werden soll; diese Frage ist unter Abwägung der Interessen beider Teile zu entscheiden, wobei zu beachten ist, daß durch die vorgesehene Neuregelung die Rechtsstellung des außenstehenden Aktionärs weitgehend gesichert ist.

Lebenslauf

Ich wurde am 23. Dezember 1930 als Sohn des Kaufmanns Heinrich Birkenstock und dessen Ehefrau Hertha geborene Maass in Steinhude am Meer geboren. Nach der Volksschule in Friedberg in Hessen und Frankfurt am Main besucht ich bis 1943 die Wöhler-Oberschule für Jungen in Frankfurt am Main. In diesem Jahr verzogen meine Eltern wegen Kriegseinwirkungen nach Büdingen in Oberhessen, wo ich nach Besuch der Wolfgang - Ernst - Schule (Realgymnasium) am 14. Februar 1951 die Reifeprüfung ablegte. Nach einem Studium der Rechtswissenschaften von 8 Semestern an der Johann Wolfgang Goethe-Universität bestand ich am 31. Januar 1956 die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung und am 7. Juli 1960 nach Beendigung des Vorbereitungsdienstes für Gerichtsreferendare des Landes Hessen die große juristische Staatsprüfung.



